

# A Normatividade do Direito ao Desenvolvimento: Elementos para a Exigibilidade Judicial

**ERIC BARACHO DORE FERNANDES**

Bacharelado em Direito pela UFF, Coordenador-Geral da Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense, Monitor em Teoria da Constituição e Direito Constitucional Positivo.

Submissão: 04.04.2011

Parecer 1: 06.05.2011

Parecer 2: 25.05.2011

Decisão Editorial: 25.05.2011

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objeto o direito ao desenvolvimento, tradicionalmente tido como norma programática e enumerado pela Constituição Federal de 1988 entre seus princípios fundamentais, bem como os principais elementos para sua concretização por meio de uma atuação *contramajoritária* do Poder Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo; jurisdição constitucional; desenvolvimento; Poder Judiciário.

**ABSTRACT:** This paper broaches the right to development, traditionally viewed as a non self executing rule and part of the fundamental principles of Brazil's 1988 Constitution, as well as the main aspects of its achievement by means of the countermajoritarian ruling of Brazil's Judicial Branch.

**KEYWORDS:** Constitutionalism; judicial review; development; Judicial Branch.

**SUMÁRIO:** 1 Aspectos gerais; 2 Pressupostos teóricos: Estado Social de Direito e a doutrina da efetividade; 3 A judicialização das políticas públicas e a criação judicial do Direito; 4 Uma visão concretista do modelo de desenvolvimento da Constituição de 1988; Conclusões; Referências.

## 1 ASPECTOS GERAIS

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem geral, independente de preconceitos e discriminações negativas de qualquer espécie; e, em especial, a garantia do desenvolvimento nacional são enunciados que correspondem aos objetivos eleitos pelo Poder

Constituinte ao elaborar o art. 3º da Carta Magna de 1988<sup>1</sup>, enumerados no título correspondente aos *princípios fundamentais*. Normas constitucionais que, em relação ao seu *conteúdo material*, classificam-se como *programáticas*. Vale dizer, aquelas que traçam fins sociais a serem alcançados por uma atuação futura dos Poderes Públicos. Na acepção doutrinária tradicional, não geram para os jurisdicionados o direito subjetivo de demandar dos órgãos estatais que exijam comportamentos comissivos, ainda que a eles seja garantida a faculdade de exigir que o Poder Público se abstenha de atos que contrariem tais diretrizes<sup>2</sup>.

Qualquer que seja o projeto de desenvolvimento que se tenha para o Brasil de amanhã, a sua realização passa, necessariamente, pelas instituições estatais e de interesse público<sup>3</sup>. Porém, a concretização das normas e objetivos constitucionais não pode ficar sujeita às intempéries das maiorias políticas ocasionais. Do longo processo que culminou por garantir à Constituição sua *força normativa*<sup>4</sup> e atual papel de centralidade no sistema, o constitucionalismo contemporâneo extrai o axioma da *efetividade*<sup>5</sup>. A essência da doutrina que se desenvolve a partir desse preceito é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Sempre que violada, a Constituição deve prover mecanismos adequados de tutela, em especial de natureza *jurisdicional*.

Nesse sentido, o direito contemporâneo tem percebido um claro processo de centralização de tais discussões no âmbito do Poder Judiciário. Tome-se como exemplo o atual processo de judicialização das políticas públicas relativas aos direitos sociais. A possibilidade de o Poder Judiciário condenar a Administração Pública a prover prestações sociais é, de fato, uma das principais inovações do constitucionalismo brasileiro no contexto da virada do século, superando a concepção clássica de que os juízes deveriam se limitar a aplicar as normas produzidas pelo Legislativo<sup>6</sup>. Decisões do tipo têm se reproduzido

---

1 “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.” (Brasil. Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2010)

2 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 202; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 91; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

3 COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: perspectiva institucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 88, 1988.

4 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

5 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

6 Sobre o tema, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515; SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). Op. cit.

com certa frequência, tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup> quanto das Cortes infraconstitucionais<sup>8</sup>. De fato, tem se mostrado ponderada a reflexão do Professor Inocêncio Mártires Coelho sobre a atuação do intérprete como “verdadeiro legislador”, ao dar a palavra final acerca do sentido e alcance das normas contidas na Constituição<sup>9</sup>.

Sem dúvida alguma, o papel do Judiciário e, em especial, da Jurisdição Constitucional na proteção de valores e direitos fundamentais que se buscam resguardar do processo político majoritário é um marco teórico significativo do novo modelo constitucional<sup>10</sup>. Ora, se os direitos fundamentais podem ser objeto dessa proteção especial, com mais razão ainda se deve atribuir um grau qualificado de proteção aos princípios fundamentais que lhes dão suporte e legitimidade, ainda que, tradicionalmente, sejam classificados como normas programáticas.

Quais as releituras contemporaneamente impostas ao conceito de desenvolvimento pelos paradigmas da efetividade e do Estado Social de Direito? Qual o papel do Poder Judiciário na concretização dos objetivos fundamentais contidos em tal norma? E, por fim, em que medida tal atuação pode extrair normatividade dos preceitos da Constituição brasileira que se referem ao desenvolvimento nacional enumerado entre os princípios fundamentais?

São as perguntas a que a presente monografia pretende responder, por meio de um roteiro que, inicialmente, pretende delinear os principais pressupostos teóricos do fenômeno e, em seguida, identificar os principais aspectos práticos inerentes ao tema, finalizando com breves conclusões em forma de respostas aos questionamentos suscitados no parágrafo anterior.

- 
- 7 Alguns dos exemplos destacados pelo Professor Cláudio Pereira de Souza Neto incluem os seguintes julgados: STF, Ag-RRE 271286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 24.11.2000; STF, AgRg-Ag 238328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 16.11.2009; STF, Ag-RRE, 255627/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 23.02.2001. Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). Op. cit., p. 515.
  - 8 A título de exemplo, citamos decisão do Tribunal Regional Federal, que, pautada em diversas dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, reconheceu o direito de indivíduos transexuais terem acesso gratuito aos meios cirúrgicos de alteração de gênero (TRF 4ª Região, AC 2001.71.00.026279-9/RS, Rel. Des. Fed. Roger Raupp Rios). Para comentários sobre essa decisão e outros aspectos concernentes à problemática dos transexuais, confira-se DORE FERNANDES, Eric Baracho. O transexual e a omissão da lei: um estudo de casos paradigmáticos. *Caderno Virtual do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP*, v. 1, n. 21, 2010. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/357/266>>.
  - 9 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 27.
  - 10 Segundo Barroso, o período por ele denominado de *neoconstitucionalismo* seria composto por três marcos, a saber: (i) Histórico, representado pelo pós-guerra e pela redemocratização posterior ao período; (ii) Filosófico, representado pelo pós-positivismo e pela normatividade dos princípios; e (iii) Teórico, representado por três mudanças de paradigma (a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 243-266; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito*. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-250.

## 2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS: ESTADO SOCIAL DE DIREITO E A DOUTRINA DA EFETIVIDADE

Dois marcos teóricos justificam uma releitura do caráter programático tradicionalmente atribuído ao direito ao desenvolvimento e, em especial, do papel do Poder Judiciário na concretização de tal princípio fundamental, a saber: (i) o Estado Social de Direito e (ii) a doutrina da efetividade das normas constitucionais.

O constitucionalismo costuma ser dividido pela doutrina tradicional em três fases distintas. A primeira delas engloba o paradigma *liberal*, fundado em ideias *jusnaturalistas* e na consolidação de *direitos fundamentais de primeira geração*<sup>11</sup>. A segunda fase diz respeito ao advento do Estado Social, que introduz ao constitucionalismo conceitos como isonomia material, alcançável por meio de prestações estatais positivas e *direitos fundamentais de segunda geração*. Por fim, diz-se que atualmente vivemos um período que se convencionou chamar *neoconstitucionalismo*<sup>12</sup>, marcado por paradigmas distintos dos dois anteriores, como o pós-positivismo de normatividade principiológica<sup>13</sup> e direitos fundamentais de terceira geração.

A Constituição que surge no seio das revoluções burguesas ao final do século XVIII reflete as características da classe responsável por sua consagração. Inaugurando o paradigma liberal do constitucionalismo, essa Constituição se caracteriza pela contenção do poder estatal por meio de dois conteúdos fundamentais. O primeiro deles é a clássica tripartição de poderes de Montesquieu, de modo a evitar a centralização do poder na figura de um único órgão ou indivíduo. O segundo diz respeito à consagração dos direitos fundamentais de primeira geração, ditos “direitos individuais”, direitos inatos que não podem ser negados pelo Estado e constituem um espaço de liberdade perante as arbitrariedades do poder. Direitos caracterizados por um *status negativo* do indivíduo perante o Estado, na clássica denominação proposta por Jellinek<sup>14</sup>.

---

11 Sobre tal classificação de direitos em “gerações” específicas, vide BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

12 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). Op. cit.

13 “O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, p. 242)

14 Jellinek, em teoria datada do final do século XIX, desenvolve a ideia de quatro estados do indivíduo perante o Estado. Um *status* passivo ou *subjectionis*, no qual o indivíduo se encontra em posição de subordinação ao Estado; um *status* negativo, no qual o indivíduo goza de um espaço de liberdade perante as ingerências do Poder Público (direitos fundamentais de primeira geração); um *status* positivo, que se caracteriza pela exigência de uma prestação positiva pelo Poder Público (direitos fundamentais de segunda geração ou direitos sociais); e, por fim, um *status* ativo, caracterizado pela prerrogativa individual de influenciar a formação da vontade do Estado (direitos políticos). Sobre o tema, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 155-159.

Já o constitucionalismo social, por sua vez, surge como uma reação à injustiça social e à crise das relações sociais, em especial no âmbito das relações de trabalho. Tal constitucionalismo social representa não uma superação dos direitos conquistados no âmbito do constitucionalismo liberal, mas sim o acréscimo de uma nova carga de direitos, que impõem ao Estado um atuar *positivo*, concretizando os direitos fundamentais ditos de *segunda geração*. Direitos esses tendentes à obtenção de um grau material de isonomia entre os cidadãos que impõem o dever do Estado em se pautar por uma postura ativa, fornecendo não apenas segurança, mas conforto, lazer e distribuição de riquezas.

#### Segundo Fábio Konder Comparato:

Essa inação do Estado, está claro, nunca perturbou os liberais, que sempre acharam que o melhor governo é o que menos governa. Mas ela tornou-se eticamente embaraçosa e juridicamente incongruente, a partir do momento em que a consciência jurídica universal, expressa na Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, passou a reconhecer a existência, ao lado dos direitos individuais, dos chamados direitos sociais, como o direito ao trabalho, à moradia, à educação, ou à Previdência Social.<sup>15</sup>

As primeiras Constituições redigidas sob a égide desse paradigma foram as do México (1917) e de Weimar (1919). Porém, a implementação desse vasto catálogo de direitos fundamentais não foi efetiva nesse primeiro momento, o que abriu um amplo debate doutrinário na Alemanha. Como trabalhar com os direitos sociais? Como torná-los aplicáveis e exigíveis? Nesse sentido, a Constituição alemã de 1919 traz uma questão que é incapaz de responder. Por isso mesmo, a efetivação da Constituição, a concretização dos valores nela contidos, será a marca da Constituição seguinte – a Lei Fundamental de Bonn de 1949.

No Brasil, observou-se um processo similar. Ainda que a Constituição Federal de 1934, inspirada pelo modelo constitucional da Alemanha, tenha sido a primeira do País a prever um rol de direitos sociais, tal avanço, contudo, operava-se em uma esfera estritamente jurídica, incapaz de submeter o desempenho político das instituições estatais a este projeto<sup>16</sup>. Sem dúvida, os regimes constitucionais demonstram um compromisso, explícito ou implícito, de realizar o Estado Social de Direito quando definem um capítulo de direitos econômicos e sociais, mas tal efetivação não tem encontrado um caminho pacífico ou livre de graves obstáculos de natureza prática e hermenêutica<sup>17</sup>.

Luís Roberto Barroso aponta que uma das principais preocupações da antevéspera da convocação da Constituinte de 1988 era, justamente, combater

15 COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 26-27.

16 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 20.

17 COPETTI, André. A jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito. *Revista de Estudos Criminais*, a. 2, n. 7, p. 23, 2002. Veja-se, também: LEAL, Caio. Considerações sobre a jurisprudencialização do Direito. *Revista de Direito dos Monitores da UFF*, v. 5, p. 3-42, 2009.

um dos fatores crônicos do fracasso na realização do Estado de Direito: a insinceridade constitucional. A expressão designa a falta de seriedade em relação à *Carta Magna*, sua distância entre texto e realidade, entre ser e dever ser, entre outros motivos, pelo fato de o constituinte prometer mais do que a realidade econômica e social revela como possível. A Constituição não era um compromisso, mas um disfarce para as ideologias e estamentos verdadeiramente dominantes, fossem monárquicos ou militares<sup>18</sup>. Com o intuito de combater os males da doença da “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”, concretiza-se um remédio por meio da doutrina da *efetividade*.

A doutrina clássica analisa as normas constitucionais em três planos de validade: existência, validade e eficácia. A doutrina da efetividade, porém, tem por objeto um quarto plano de análise, que expressa o cumprimento da norma, o fato real dela ser aplicada e observada: a realização do direito, o desempenho real, efetivo e concreto de sua função social. Com esse intuito, o constitucionalismo deveria desenvolver ferramentas de garantia da efetividade dos direitos subjetivos constitucionais. De fato, a Constituição de 1988 oferece diversos remédios eficazes para combater a “síndrome de ineficácia das normas constitucionais”, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Entretanto, uma das maiores ferramentas para conceder efetividade à Constituição surge com a nova feição atribuída ao Poder Judiciário e, em especial, à jurisdição constitucional. Segundo Luís Roberto Barroso:

Para realizar este objetivo, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no País. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu-se ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. *E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.*<sup>19</sup> (destaque nosso)

Por isso, após a apresentação dos dois pressupostos teóricos, que, em conjunto, levam à conclusão de que um projeto de desenvolvimento para a realidade sob a qual habita o ordenamento jurídico-constitucional contemporâneo perpassa, necessariamente, pela *efetividade* e *concretização* de políticas estatais destinadas a promover um grau material de isonomia, proceder-se-á a um segundo momento de análise, em que o objeto da análise será delimitar qual é, exatamente, o papel que tem sido exercido pelo Poder Judiciário na busca por tais elementos, bem como os limites e possibilidades do modelo contemporâneo de atuação.

---

18 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, p. 217-225.

19 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 305-306.

### 3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Até a primeira metade do século XX, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, nos moldes da doutrina francesa da lei como expressão da vontade geral – o clássico modelo do Magistrado como “boca da lei”. Todavia, o final da década de 1940 trouxe, juntamente com o modelo de supremacia da Constituição, uma nova fórmula<sup>20</sup>: a constitucionalização de diversos valores fundamentais ao ordenamento jurídico, que ficavam imunizados frente ao processo político majoritário. Perante tais maiorias ocasionais, caberia ao Poder Judiciário a proteção de tais valores essenciais<sup>21</sup>.

Entretanto, até mesmo tal ferramenta de guarda dos valores constitucionais encontra dificuldades sob o ponto de vista democrático. Enquanto os membros do Executivo e Legislativo são agentes públicos eleitos e investidos em seus cargos pelo batismo da vontade popular, o mesmo não ocorre com o Poder Judiciário, cuja investidura se dá por meio de critérios predominantemente técnicos. Daí se questiona a legitimidade de um poder formado por indivíduos não representativos da vontade popular ser capaz de invalidar atos de poderes representativos. É a chamada *dificuldade contramajoritária*<sup>22</sup>.

Porém, a doutrina atual privilegia uma ideia de democracia em sentido material, substancial. Nesse sentido, a democracia não se esgota na garantia do princípio majoritário e um governo das maiorias, mas visa a garantir um governo *para todos*, em que as vontades das maiorias ocasionais encontrem limites nos direitos fundamentais das minorias de menor expressão política, étnica, cultural ou social. Tal ideia de democracia impõe ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas também a promoção dos direitos fundamentais de segunda geração, por meio de prestações sociais positivas destinadas a promover patamares mínimos de dignidade em favor desses grupos de menor expressão.

A partir da visão material imposta ao conceito de democracia pelo direito contemporâneo, conclui-se que o princípio majoritário comporta um determinado grau de relativização por uma atuação *contramajoritária* em face das maiorias deliberativas ocasionais, em especial pela atividade do Poder Judiciário. É o que ocorre quando as Cortes Constitucionais exercem o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos editados pelo Poder Público, retirando do alcance de tais maiorias ocasionais o núcleo essencial da democracia e dos direitos fundamentais contidos no ordenamento jurídico, protegendo-os

---

20 Nas palavras de Peter Häberle, tal período seria a “hora estelar” da jurisdição constitucional autônoma na Europa, constituindo um marco teórico-constitucional relevante para o constitucionalismo mundial. Confira-se: HÄBERLE, Peter. A jurisdição constitucional na fase atual de desenvolvimento no Estado constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Atlas, p. 212, 2007.

21 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). Op. cit., p. 210.

22 BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*, 1986, p. 16 e ss. Apud BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 338-339.

de eventuais violações perpetradas pela norma fruto da vontade majoritária<sup>23</sup> ou mesmo *em face da norma*, uma vez que o próprio Poder Legislativo é incapaz de gerar, por si só, a concretude das leis e atos normativos gerais e abstratos por ele editados<sup>24</sup>.

Assinala o Professor Inocêncio Mártires Coelho, em passagem bastante conhecida:

Não por acaso, entre nós, já se fala em constituição “reinventada” pela jurisdição constitucional; e, alhures, que o direito constitucional já não é apenas o que prescreve o texto da Lei Maior, mas também a bagagem de padrões hermenêuticos desse bloco normativo incorporada na jurisprudência constitucional; fora as frases, sempre lembradas, de Alexander Pekelis e Charles Hughes, a proclamarem, respectivamente, que em certo sentido os Estados Unidos não têm uma constituição escrita, ou que eles vivem sob uma constituição, mas que ela é aquilo que os juízes dizem que ela é.

Casos recentíssimos no Brasil, de grande repercussão política, atestam a atualidade desse entendimento. Referimo-nos, por primeiro, às decisões do Supremo Tribunal Federal “esclarecendo” que os mandatos de todos os titulares de cargos eletivos – de vereador a presidente da República – pertencem aos partidos políticos e não aos candidatos eleitos sob as suas legendas, razão por que se estes vierem a trocar de partidos estarão sujeitos à perda do mandato, nos casos e condições estabelecidos em “legislação judicial”; e, depois, ao julgado do Tribunal Superior Eleitoral que, apreciando pedido de impugnação de candidatura, deu-lhe acolhida, considerando como cônjuges, para efeito de inelegibilidade estabelecida no art. 14, § 7º, da Constituição, as pessoas do mesmo sexo que vivem em estado de casadas.

Mais não se precisa dizer para comprovar que verdadeiro legislador não é quem faz as leis, mas quem dá a palavra final sobre o sentido e o alcance das suas disposições.<sup>25</sup>

Sob esse novo paradigma, a necessidade de realização dos direitos fundamentais (em especial os caracterizados por prestações de natureza positiva,

23 Em obra bastante conhecida sobre o tema, o Professor Cláudio Pereira de Souza Neto propõe elementos de legitimação do papel contramajoritário exercido pelas Cortes Constitucionais, tais como a reintrodução da razão prática e a ampliação da participação popular no debate democrático. Confira-se: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

24 Fábio Konder Comparato destaca esse aspecto do Poder Legislativo remetendo-nos a uma passagem bastante conhecida de Montesquieu, *in verbis*: “Dos três ramos clássicos do Estado, segundo o constitucionalismo clássico, somente o impropriamente chamado Executivo tinha condições de assumir as tarefas ativas de direção e empreendimento que a sociedade industrial exigia dos Poderes Públicos. O legislativo é incapaz de fazê-lo. Montesquieu já havia advertido que *“le corps representant ne doit pas bien; mais pour faire des lois, ou pour vois si l’on a bien, exécute celles qu’il a faites, chose qu’il peut très bien faire, et qu’il n’y a même que lui qui puisse bien faire”* (*Esprit des lois*, Livro XI, Capítulo VI). Se a lei, como norma geral e abstrata, pode regular as ações e mesmo impor objetivos, ela não se substitui obviamente a essas ações. Constitui, aliás, ilusão muito frequente, sobretudo nos países latino-americanos, acreditar que existe uma ação pública quando são editadas múltiplas leis” (COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 28).

25 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 26-27.

através dos quais perpassa o conceito de desenvolvimento defendido no presente trabalho) tem se constituído como constante fator de tensão institucional entre os Poderes Públicos. Ainda que seja inevitável dissociar o debate da questão democrática e da independência e harmonia ente os Poderes, é notório que, em determinados casos, mesmo uma postura ativa do Judiciário não somente é legítima do ponto de vista democrático, mas também capaz de concretizar um modelo de desenvolvimento pautado por prestações positivas destinadas à obtenção de uma igualdade material entre os cidadãos.

É o que tem ocorrido, por exemplo, em relação ao direito social à *saúde*, condição *sine qua non* para concretização de um modelo de desenvolvimento pautado pelos elementos anteriormente expostos. Confira-se decisão da relatoria da Ministra Ellen Gracie:

[...] Assim, no presente caso, atendo-me à hipossuficiência econômica da impetrante e de sua família, à enfermidade em questão, à inoperância de outras medicações já ministradas e à urgência do tratamento que requer a utilização do medicamento importado, em face dos pressupostos contidos no art. 4º da Lei nº 4.348/1964, entendo que a interrupção do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e ao desenvolvimento da impetrante, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso, o que faz demonstrar, em princípio, a plausibilidade jurídica da pretensão liminar deduzida no mandado de segurança em apreço. Ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de governo a atuarem de forma solidária.<sup>26</sup> (destaque nosso)

Muitas vezes, em casos como o citado, a condenação da Administração Pública a prestações dessa natureza esbarra nas possibilidades orçamentárias do ente público responsável pelo fornecimento, o argumento frequentemente sustentado sob a figura doutrinária da *reserva do possível*<sup>27</sup>. De fato, temperamentos são necessários para racionalizar as condenações da Administração a prestações de natureza positiva, o que a doutrina contemporânea costuma propor na forma de *parâmetros* de atuação<sup>28</sup>. Porém, quais os limites desse temperamento?

26 STF, SS. 3205/AM, Relª Min. Ellen Gracie, DJU 08.06.2007.

27 A expressão, diga-se de passagem, tornou-se conhecida por meio do Tribunal Constitucional alemão (*Bundverfassungsgericht*), em julgado no qual se discutia a possibilidade de o Judiciário criar vagas na faculdade de medicina para estudantes habilitados, mas não classificados no vestibular. Confira-se BVerfGE 33:303-333. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005.

28 O Professor Cláudio Pereira de Souza Neto, por exemplo, propõe uma série de parâmetros de racionalização desse fenômeno jurídico, sem, no entanto, ignorar a sua importância. Os parâmetros foram alocados em materiais e processuais (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). Op. cit., p. 534-551). Para uma perspectiva mais crítica, confira-se BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). Op. cit.

O Supremo Tribunal Federal respondeu a esse questionamento ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, da qual se toma a liberdade de transcrever alguns trechos relevantes:

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

[...]

[...] *Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível”* (Stephen Holmes/Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights*, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige deste prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa –, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. *Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.* (destaque nosso)<sup>29</sup>

Pelo anteriormente exposto, conclui-se que, em um modelo de desenvolvimento pautado por prestações sociais de cunho positivo como o Brasil, há de se admitir um grau maior de vinculação do Poder Público em relação à concretização de tais políticas constitucionalmente previstas, atuando o Poder Judiciário, *ultima ratio*, como guardião dessa vinculação. A reserva do possível, ainda que deva ser considerada criteriosamente no caso concreto, não pode servir de argumento meramente retórico para justificar que a Administração se omita na tentativa de garantir aos cidadãos a fruição de tais direitos ao menos em uma proporção *de mínimo existencial*, em detrimento dos demais gastos que representem uma opção política da administração. Segundo Ana Paula de Barcellos:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o Magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. *A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos.* Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.<sup>30</sup> (destaque nosso)

Logo, ainda que temperamentos se façam necessários em face de elementos como o princípio democrático e a reserva do possível, o Poder Judiciário não pode permitir que estes se apresentem como limites ao que se entende como meta central da ordem constitucional e do modelo de desenvolvimento por ela adotado. A partir do momento em que o Poder Público se compromete com tais metas, a ele cabe os ônus de sua concretização.

Fixadas tais premissas quanto ao papel contemporâneo do Poder Judiciário no Brasil, prossegue-se à etapa seguinte do presente trabalho: delimitar mais precisamente em que realmente consiste o modelo de desenvolvimento proposto pelo constituinte e como trazer concretude a tal proposta.

---

30 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

#### 4 UMA VISÃO CONCRETISTA DO MODELO DE DESENVOLVIMENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nos itens anteriores, foram delineados os principais aspectos teóricos que justificam a releitura do conceito tradicional de norma programática, seja a doutrina da efetividade das normas constitucionais, seja o atual estágio de desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo, que não mais se contenta com uma postura meramente passiva do Estado perante o indivíduo e a sociedade. Em seguida, discutiram-se os papéis do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional na concretização de tais valores que exigem uma postura comissiva dos Poderes Públicos. Por meio da aplicação do arcabouço teórico anteriormente desenvolvido, o presente item discutirá em que medida o Poder Judiciário pode atuar na efetivação de um “direito ao desenvolvimento”, visto este à luz da doutrina da efetividade, em uma acepção concretista, em detrimento do esgotamento material que é atribuído a tal princípio sob “rótulo” de norma programática a ele atribuído, em contraposição com o paradigma da efetividade.

Em primeiro lugar, faz-se necessário definir a acepção de “desenvolvimento” que se pretende defender no presente trabalho.

Eros Roberto Grau aponta que, paradoxalmente, sempre que se coloca em pauta a relação existente entre “direito e desenvolvimento”, ambos se contrapõem de forma conflituosa, uma vez que o direito tradicionalmente materializa elementos de manutenção da segurança jurídica de um *status quo*, em especial quando visto sob uma perspectiva eminentemente liberal e não intervencionista. O grande jurista aponta, no entanto, que tal contraposição ocorre pelo fato de muitas vezes se confundirem os conceitos de “desenvolvimento” e “crescimento”. Este corresponde a uma ideia meramente *qualitativa*, enquanto aquele se verifica na medida em que sejam praticados atos de inovação, que deem ensejo ao surgimento de novos fenômenos jurídicos, políticos, econômicos e sociais que resultem em mudanças de ordem *material* em dada sociedade<sup>31</sup>.

Destaca, ainda, que:

*A essa compreensão corresponde, no tempo, o advento de um movimento de intervencionismo econômico e social e, decorrentemente dele, a adoção de uma nova maneira de conceber a realidade, sob uma visão não mais estática, mas dinâmica. Desde a consideração dessas novas concepções verificamos que, em verdade, não há nem jamais se colocou oposição entre imobilidade do Direito e dinamismo da realidade social. A questão a examinar com precisão se coloca – isso sim – na circunstância de se movimentarem, Direito e realidade, em velocidades não coerentes. Transforma-se também aquele, tal qual esta; sucede*

---

31 GRAU, Eros Roberto. Notas preliminares à abordagem da relação entre direito e desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 519, p. 14, 1979.

apenas que a transformação do primeiro se opera em velocidade relativamente mais lenta do que aquela em que se processa a evolução dos fatos sociais.<sup>32</sup> (destaque nosso)

Partindo da premissa de que, nesse sentido, o direito deve ser visto em uma perspectiva dinâmica, esbarra-se no primeiro problema, que é o de compreender o desenvolvimento como uma norma simplesmente *programática*.

Normas programáticas são inseridas por José Afonso da Silva como espécie do gênero normas de eficácia limitada<sup>33</sup>. Surgem como disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Normas que têm por objeto a indicação de fins sociais a serem alcançados, estabelecendo determinados princípios ou fixando programas de ação para o Poder Público<sup>34</sup>. Preceitos que definem objetivos cuja concretização depende de providências situadas *fora* ou *além* do Texto Constitucional<sup>35</sup>.

Muito se discute acerca dos efeitos gerados pelas normas programáticas. Ainda que nenhuma norma constitucional seja totalmente desprovida de efeitos, a doutrina diverge quanto à exigibilidade das normas programáticas perante o Poder Público. Entre outros, Luís Roberto Barroso aponta que, por sua natureza, as normas programáticas não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigir comportamentos comissivos, mas investem-nos da possibilidade de exigir que o Poder Público se abstenha de agir de forma contrária àquela norma<sup>36</sup>.

Tal obstáculo hermenêutico pode ser contornado de uma forma que não tangencie tal controvérsia. De modo a demonstrar a solução proposta, faz-se necessário atentar para o *conteúdo material* do direito ao desenvolvimento defendido no presente trabalho. Ainda segundo Luís Roberto Barroso:

Na esteira do Estado intervencionista, surtido do primeiro pós-guerra, incorporaram-se à parte dogmática das Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais, *regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual*, levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária, para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhe as condições de vida, em sentido mais amplo. *Algumas dessas normas definem direitos para o presente, que são os direitos sociais; outras contemplam certos interesses de caráter prospectivo, firmando determinadas proposições diretivas, desde logo observáveis, e algumas projeções de comportamentos, a serem efetivados progressivamente*, dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade.<sup>37</sup> (destaque nosso)

Assim, percebemos tanto as normas programáticas quanto os direitos sociais como duas faces do mesmo fenômeno, com a diferença de que aquelas

32 Idem, p. 17.

33 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

34 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 114.

35 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 49.

36 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, p. 202.

37 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 114.

são concebidas como de efetivação progressiva e estes, imediatamente exigíveis. Porém, no caso específico da norma programática que institui o desenvolvimento como princípio fundamental e objetivo da República Federativa do Brasil<sup>38</sup>, observa-se que, materialmente, ambas as categorias se confundem, uma vez que o direito ao desenvolvimento perpassa, necessariamente, a concretização dos direitos sociais. Desse modo, ainda que se entenda o direito ao desenvolvimento como uma norma programática *prima facie*, o seu conteúdo material a destaca das demais normas programáticas, uma vez que engloba um *rol* específico de direitos sociais plenamente exigíveis pelos cidadãos. Logo, reduzir tal dispositivo a uma norma programática é, no mínimo, impreciso.

Outro problema de ordem metodológica para a concretização do modelo de desenvolvimento proposto se insere na esfera *política*. E, nesse ponto, se insere por excelência o papel da jurisdição constitucional como intérprete final da Constituição. Segundo Inocêncio Mártires Coelho:

Sobre a jurisdição constitucional já se disse praticamente tudo, seja para defendê-la, seja para criticá-la. Para o bem ou para o mal, parece que não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não descobriremos nenhuma fórmula mágica que nos permite juridificar a política sem, ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça.

Se o Estado é a forma por excelência de manifestação do poder político, e a Constituição, o seu estatuto fundamental, então onde quer que se institucionalizem relações de mando, alguém terá que arbitrar os inevitáveis conflitos entre os fatores reais de poder.

Integram esses embates políticos, obviamente, as permanentes contendas entre os governos que precisam implementar seus programas e assim cumprir as promessas de campanha e os seus opositores, que, tendo perdido a disputa eleitoral, a todo instante batem às portas da Justiça na esperança de obter a sua ajuda para estorvar a ação governamental, que desde logo denunciam como atentatória aos preceitos da Constituição.<sup>39</sup>

Como, então, possibilitar a manutenção de um modelo de desenvolvimento cuja existência depende da administração de eternos *dissensos* políticos? A resposta pode ser obtida a partir da análise de uma das funções precípuas do Texto Constitucional. Segundo Barroso:

[...] A Constituição de um Estado Democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular *consensos mínimos*, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais.<sup>40</sup> (destaque nosso)

38 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] II – garantir o desenvolvimento nacional.” (Brasil. Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2010)

39 COELHO, Inocêncio Mártires. *Jurisdição constitucional e criação judicial do Direito: Estado Constitucional de Direito ou Estado Judicial de Direito? Fórum Administrativo*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 10, p. 1307, dez. 2001.

40 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, p. 89.

Dessa forma, é possível afirmar que a opção constitucional por um determinado modelo de desenvolvimento veicula um *consenso mínimo* obtido em um momento especial de mobilização democrática no Estado de Direito, consenso esse que se posiciona além do alcance da vontade política ocasional.

No mesmo sentido, o arcabouço teórico desenvolvido anteriormente demonstra que tal opção se dá por meio da escolha por um modelo social de desenvolvimento, pautado pela concretização de uma isonomia material e do direito como elemento dinâmico de transformação da realidade social em um sentido que melhor se coadune com tal modelo. Aliada a essa definição, a doutrina da *efetividade* das normas constitucionais impõe ao sistema a institucionalização de ferramentas capazes de garantir que a vontade política respeite o núcleo essencial dos elementos inerentes a um modelo social de desenvolvimento.

Tal ferramenta de concretização se materializa por meio da atividade *contramajoritária* do Poder Judiciário e, em especial, da jurisdição constitucional como instituição garantidora do *mínimo existencial* dos direitos fundamentais que constituem tal modelo.

## CONCLUSÕES

Ainda que um modelo de desenvolvimento previsto pela Constituição seja um conceito de difícil determinação e concretização (por isso, usualmente entendido como *norma programática*), a delimitação dos paradigmas sobre os quais se assenta nosso modelo constitucional possibilita ao intérprete determinar, de forma mais precisa, o limite e o alcance de tal princípio fundamental. Esta monografia se assentou em dois paradigmas principais, quais sejam: (i) a efetividade das normas constitucionais e (ii) um modelo de Estado Social de Direito.

Sob a égide desses dois elementos, a presente monografia levantou três questões que nortearam o desenvolvimento do texto e agora serão retomadas. Quais as releituras contemporaneamente impostas ao conceito de desenvolvimento pelos dois paradigmas citados anteriormente? Qual o papel do Poder Judiciário na concretização dos objetivos fundamentais contidos em tal conceito? E, por fim, em que medida tal atuação pode atuar na promoção desse desenvolvimento nacional enumerado entre os princípios fundamentais da Constituição Federal?

Em relação à primeira pergunta, observa-se que a nova carga de direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais), que impõem ao Estado um atuar *positivo* face ao cidadão, acrescentam ao conceito contemporâneo de desenvolvimento o conjunto de garantias necessárias para a obtenção de um grau material de *isonomia*. Simultaneamente, a doutrina da *efetividade* das normas constitucionais impõe ao ordenamento jurídico a busca por ferramentas,

elementos e soluções para garantir que tais direitos não careçam de uma efetiva concretização. Nesse sentido, o novo papel do Poder Judiciário, na maioria das democracias ocidentais, apresenta-se como uma importante ferramenta para tal concretização.

Em relação a tal papel exercido pelo Poder Judiciário, a conclusão é de que sua atuação no controle das políticas públicas, ainda que por vezes esbarre em certas dificuldades do ponto de vista democrático, legitima-se na medida em que concretiza os direitos fundamentais sobre os quais se assenta o conceito contemporâneo de desenvolvimento, bem como os preceitos de uma democracia de natureza *material*, preservando o núcleo essencial de direitos das minorias econômicas sociais em face das majorias políticas ocasionais. É o que ocorre, por exemplo, quando o Judiciário utiliza o parâmetro do mínimo existencial desses direitos para estabelecê-los como prioridades dos gastos públicos, evitando que uma eventual discricionariedade política esgote-os de efetividade.

Por fim, a promoção de qualquer modelo de desenvolvimento perpassa a própria *definição* de desenvolvimento, que neste trabalho se compreende em uma acepção predominantemente qualitativa, privilegiando a ideia de um Estado intervencionista e garantidor das condições materiais mínimas ao desenvolvimento humano, bem como do Direito como elemento dinâmico de transformação social em um sentido que melhor se coadune com tal modelo. Além disso, o direito ao desenvolvimento contido na Constituição não pode ser compreendido sob o mero rótulo de norma programática (e, como tal, não exigível), uma vez que seu conteúdo material abrange um extenso rol de direitos fundamentais de segunda geração. A atuação do Poder Judiciário é capaz de garantir a manutenção do modelo social de desenvolvimento na medida em que este é compreendido como um consenso mínimo estabelecido pelo poder constituinte originário e protegido por um grau de rigidez que o resguarda dos dissensos políticos ocasionais capazes de esgotar seu conteúdo essencial, seja por *ações*, seja por *omissões* inconstitucionais.

## REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito*. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOCZAR, Sônia. Sentenças modulatórias: manipulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal e sentenças aditivas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 897, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. Jurisdição constitucional e criação judicial do Direito: Estado Constitucional de Direito ou Estado Judicial de Direito? *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 10, dez. 2001.

\_\_\_\_\_. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Direito Público*, a. II, n. 7, jan./fev./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/459/413>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: perspectiva institucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 88, 1988.

COPETTI, André. A jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, a. 2, v. 2, n. 7, 2002.

DORE FERNANDES, Eric Baracho. O transexual e a omissão da lei: um estudo de casos paradigmáticos. *Caderno Virtual do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP*, v. 1, n. 21, 2010. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/357/266>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

GRAU, Eros Roberto. Notas preliminares à abordagem da relação entre direito e desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 519, 1979.

HÄBERLE, Peter. A jurisdição constitucional na fase atual de desenvolvimento no Estado constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Atlas, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LEAL, Caio Freire. Considerações sobre a jurisprudencialização do Direito. *Revista de Direito dos Monitores da UFF*, v. 5, p. 3-42, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

### **Julgados**

BRASIL. STF, ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.05.2004.

\_\_\_\_\_. STF, SS 3205/AM, Rel<sup>a</sup> Min. Ellen Gracie, DJU 08.06.2007.

\_\_\_\_\_. STF, Ag-RRE 271286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 24.11.2000.

\_\_\_\_\_. STF, AgRg-Ag 238328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 16.11.2009.

\_\_\_\_\_. STF, Ag-RRE 255627/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 23.02.2001.

\_\_\_\_\_. TRF 4ª Região, AC 2001.71.00.026279-9/RS, Rel. Des. Fed. Roger Raupp Rios.