

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA III**

ILTON GARCIA DA COSTA

LUCIANA COSTA POLI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Luciana Costa Poli – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-550-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos Sociais. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

Com imensa satisfação apresentamos o livro do grupo de trabalho denominado “Jurisdição e acesso à Justiça III” do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI São Luís/MA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal do Maranhão – UFMA, por meio do seu Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça com o tema “DIREITO, DEMOCRACIA E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA” realizado entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017 no campus da Universidade Ceuma em São Luís.

Trata-se de obra que reúne artigos de temas diversos atinentes ao tema “Processo, Jurisdição e Acesso à Justiça III” que foram apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do grupo de trabalho. Compõe-se o livro de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, reúne a obra artigos que apontam diversas e interessantes questões relativas ao processo civil, ações constitucionais, procedimento administrativo, serventias extrajudiciais, etc. O vigor dos pesquisadores processualistas brasileiros, se renova. O conjunto dos artigos aqui apresentados é prova da necessidade de difusão do engajamento da reflexão jurídico processual para que se possam remover injustiças concretas e diárias. Para que se chegue a um processo que contribua para a superação dos privilégios, da desigualdade, que se compreenda criticamente e se alimente, quase que de maneira obcecada, sua razão de ser: o acesso material, integralizado, maximizado à justiça.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos aliado a uma visão atual da jurisprudência. O livro apresentado ao público possibilita uma acurada reflexão sobre tópicos contemporâneos e desafiadores do direito contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do nosso sistema jurídico.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do direito visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta obra fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do direito compreendam as múltiplas dimensões que o direito contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra pelo comprometimento e seriedade demonstrado nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos que propiciaram a elaboração dessa obra coletiva de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos textos que compõem essa obra apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de um pensamento crítico, a possibilitar a construção de um direito voltado à concretização dos valores insculpidos pela Constituição da República.

São Luís, novembro de 2017.

Profa. Dra. Luciana Costa Poli - PUC Minas

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

MANDADO DE INJUNÇÃO: UM VELHO INSTRUMENTO PARA ALCANÇAR O NOVO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

WRIT OF INJUNCTION: AN OLD INSTRUMENT TO ACHIEVE THE NEW RIGHT TO DEVELOPMENT

Tais vasconcelos cidrao ¹
Andre Studart Leitao ²

Resumo

O objetivo desse estudo é analisar a relação entre o remédio constitucional Mandado de Injunção e o Direito ao Desenvolvimento, mais especificamente como aquele pode servir como instrumento para a realização desse último. Isso, por óbvio, sob a perspectiva da Constituição/88, sem prejuízo de contribuições de autores estrangeiros, considerados referências no assunto Desenvolvimento. Para tanto, far-se-á uma pesquisa bibliográfica em livros e artigos de periódicos. A escolha do tema se deu pela dificuldade de se viabilizar o Direito ao Desenvolvimento, entendido não só pelo viés econômico, mas também pelo social e humano.

Palavras-chave: Direito ao desenvolvimento, Mandado de injunção, Direitos fundamentais, Constituição federal, Vedação ao retrocesso social

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this study is to analyze the relation between the writ of injunction and the Right to Development, more specifically as it can serve as an instrument for the realization of the latter. This, obviously, from the perspective of the Constitution/88, without forgetting the contributions from foreign authors, considered references in the subject Development. To do so, a bibliographic search will be done with books and journals' articles. The choice of theme was due to the difficulty of enabling the Right to Development, understood not only by the economic bias, but also by the social and human bias.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to development, Writ of injunction, Fundamental rights, Federal constitution, Fence to social regression

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Mestrado do Centro Universitário Christus. Aluna de especialização em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza. Graduada em Direito pela UNIFOR.

² Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Procurador Federal. Professor no Centro Universitário Christus.

1 INTRODUÇÃO

Com o fim da Segunda Guerra Mundial em 1945, houve uma mudança de paradigma no que diz respeito à proteção da pessoa humana. Essa mudança se deu especialmente como uma resposta às atrocidades cometidas no período das grandes guerras. Principalmente no ocidente, essa preocupação se intensificou com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em Dezembro de 1948. Desde então, o padrão de dignidade da pessoa humana, dentro de uma guarda axiologicamente condicionada, começou a permear diversos textos constitucionais mundo afora (processo hoje conhecido como a internacionalização dos Direitos Humanos).

Ademais, com o passar dos séculos, as sociedades foram se tornando cada vez mais complexas e evoluídas. As relações entre os indivíduos e a relação sociedade-Estado ampliaram-se a ponto de sentirem necessidade de se estender a proteção de certos direitos às camadas sociais mais baixas da população, historicamente excluídas.

Como será abordado adiante, essa concepção protecionista de antropologização da proteção jurídica está intimamente ligada à teoria desenvolvida por Amartya Sen e Martha Nussbaum através do enfoque nas capacidades.

O direito ao desenvolvimento, temática bastante explorada por escritores nacionais e esquecida pelo Estado quando da formulação de suas políticas públicas, é considerado por muitos um direito humano de terceira geração, apresentado como aqueles ligados à fraternidade à paz, ao meio ambiente, dentre outros.

O que acontece é que o grau de eficácia da proteção desse direito deve ser maximizado de forma a atender a melhor proteção da sociedade como um todo. Portanto, nessa vereda e dentro de uma perspectiva nacional de completa anomia regulamentar, é que se imagina a utilização do instituto do mandado de injunção como um importante mecanismo de efetividade constitucional.

O objetivo principal do presente trabalho é fomentar uma compreensão do aspecto teleológico da Constituição de 1988 e engendrar soluções (ou mais precisamente abrir os olhos para velhas soluções que podem ser utilizadas para a elucidação de novos problemas) para o embaraço da efetivação dos direitos conjecturados na Carta Maior brasileira.

2 O MANDADO DE INJUNÇÃO E SUAS PECULIARIDADES

O mandado de injunção nasceu no Brasil durante o período de redemocratização, época em que o país não enfrentava propriamente a inconstitucionalidade do “não fazer”. De maneira inédita, o art. 5º, LXXI, da CF/88 prevê o Mandado de Injunção - que posteriormente veio a ser objeto de lei, no caso a lei nº 13.300/16 -, tendo o STF decidido de forma unânime pela sua autoaplicabilidade, independentemente de edição de lei intergradadora, com supedâneo no artigo 5º, § 1º da CF/88, dispositivo que prescreve que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Trata-se de uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial que visa a suprir uma omissão do Poder Público, com o intuito de viabilizar o exercício de direitos assegurados na Constituição da República. Assim como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção promove o combate à síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

É cediço que as normas constitucionais possuem níveis de eficácia distintos. Uma (as chamadas normas de eficácia plena) com aplicabilidade imediata, direta e integral, as de eficácia contida, cuja aplicabilidade é direta e imediata, isso quer dizer que o legislador poderá, em momento oportuno restringir a eficácia da norma; e por fim, as normas de eficácia limitada, cuja aplicabilidade é indireta, mediata e diferida.

As normas de eficácia limitada ainda se subdividem em instituidoras e programáticas), sendo as primeiras relativas à diretrizes normativas gerais traçadas pelo próprio legislador (podendo citar como exemplos os artigos 33 e 88 da Constituição). “A previsão da cláusula indicativa de regulamentação (“na forma da lei”) significa que a interferência estatal sobre o domínio econômico ocorre segundo determinados parâmetros legais que estabelecem autorizações, limites e formas” (LEITÃO; NETO, 2015 p. 215). Por outro lado, as normas de princípio programático são aquelas que visam esboçar diretivas (programas) a serem seguidos pelo Poder Público.

Para se alcançar o fim proposto pelo presente trabalho, o foco será direcionado para as normas de eficácia limitada, pois são aquelas que têm uma aplicabilidade postergada, isto é, que necessitam de uma produção normativa posterior para conseguirem produzir a sua eficácia.

Conquanto seja uma criação do sistema inglês (que se utiliza o *Common Law*), as normas constitucionais que fundamentam o MI excluem de seu alcance determinadas omissões do Poder Público. Ele somente é cabível em relação às normas constitucionais de

eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e às normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para fins de aplicabilidade. Destarte, não cabe MI em face de norma constitucional autoaplicável.

Outros pressupostos de cabimento são a ausência de norma regulamentadora de uma previsão constitucional (omissão do Poder Público) e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Vale dizer, o MI pressupõe a existência de nexo causal entre a omissão normativa do poder público e a impossibilidade de exercício do direito.

A titularidade do direito poderá ser exercida por qualquer pessoa cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo tolhido por ausência de norma regulamentadora. É importante salientar que, não obstante a inexistência de previsão expressa na CF/88, é plenamente possível o ajuizamento de mandado de injunção coletivo por associações de classe devidamente constituídas. A propósito, nos autos do MI 102-PE/1998, o STF reconheceu a admissibilidade da ação constitucional, ao tempo em que indicou como legitimadas as mesmas entidades do mandado de segurança coletivo.

O sujeito passivo sempre será o poder público, afinal o Estado (e apenas ele!) detém o monopólio da produção. O consectário de tal evidência é ainda mais óbvio: a natureza jurídico-processual do mandado de injunção não admite a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entre estatais¹. Na hipótese de uma omissão legislativa de âmbito federal, o *writ* deverá ser ajuizado em face do Congresso Nacional, a não ser que se trate de matéria de iniciativa privativa do Presidente da República, situação em que o MI deveria ser ajuizado em face do Chefe do Poder Executivo.

Há controvérsia no que diz respeito aos efeitos decisórios da ação injuncional. A primeira delas, a não concretista, prescreve que a decisão se exaure ao decretar a mora do poder público, ou seja, reconhece-se formalmente a inércia e só. Nesse caso, atribuiu-se ao MI a finalidade específica de formalizar a declaração de inércia do Poder Público em regulamentar a norma constitucional. Busca-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do *writ*. Sendo esse o conteúdo possível da decisão injuncional, não há que se falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, mas tão-somente deverá ser dada ciência ao poder

¹ Vide MI nº 335 DF.

competente para que edite a norma faltante. Critica-se essa posição por tornar os efeitos do MI idênticos aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, justamente por serem institutos diversos com o mesmo desígnio.

Mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado. (BRASIL, 1990a, *online*).

Mandado de Injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. – em face dos textos da constituição federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. – assim fixada a natureza desse mandado, e ele, no âmbito da competência desta corte – que esta devidamente definida pelo artigo 102, I, 'q' –, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do Relator. (BRASIL, 1990b, *online*).

Segundo a posição concretista individual intermediária/mista, julgando-se procedente o MI, o Judiciário estabelece um prazo para que Legislativo edite a norma regulamentadora. Findo o prazo e permanecendo a inércia do Legislativo, o Poder Judiciário poderá fixar as condições necessárias ao exercício do direito pleiteado pelo demandante².

De acordo com a posição concretista individual/teoria da resolutividade, a decisão que implementa o direito em juízo vale exclusivamente para o autor da ação³. Somente com a posição concretista geral/teoria da independência jurisdicional, que trouxe uma novidade através da normatividade geral, estabeleceu-se que o STF dispõe de autoridade para legislar no caso concreto, com efeito *erga omnes* até a superveniência de norma integrativa por parte do Legislativo⁴. O *leading case* que inaugurou o salto qualitativo do mandado de injunção envolvia a equiparação dos servidores públicos aos celetistas no que diz respeito ao seu direito de greve até que fosse elaborada a regulação do art. 37 VII da Constituição de 1988.

² Vide MI nº 283 DF.

³ Vide MI nº 721/7 DF.

⁴ Vide MI nº 670 DF.

Com o advento da lei 13.300/2016, a discussão acerca de qual corrente deveria prevalecer restou-se prejudicada:

Art. 8º. Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do **caput** quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia **ultra partes** ou **erga omnes** à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (grifos no original) (BRASIL, 2016, *online*).

Percebe-se, pelo exposto, que a teoria intermediária/mista foi privilegiada no inciso II do artigo 8º. Nesse caso em específico, não teria a necessidade de atender o disposto no inciso I, que por sua vez trata de um prazo “razoável” a ser fixado pelo órgão julgador. A teoria concretista individual está gravada no § único do mesmo artigo 8º, nos casos em que o Poder Público tiver deixado de atender prazo anteriormente fixado em writ pretérito. E, por fim, a concretista geral presente no artigo 9º §1º, que atesta a possibilidade de se conceder eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão.

3 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Para se falar em direito ao desenvolvimento, é indispensável a análise de remotas definições acerca dos direitos humanos. A mudança de paradigma ocorrida no período pós-Guerra levou à mudança na concepção de como os Estados soberanos viam seus próprios nacionais. “The model of international society that developed in Europe and became global in the course of European expansion provided a political framework that was fundamentally inhospitable to the promotion by states of both human rights and political democracy”⁵ (HURRELL, 1999, p. 277).

⁵ O modelo de sociedade internacional que se desenvolveu na Europa e tornou-se global ao longo da expansão européia proporcionou um quadro político que era fundamentalmente inóspito para a promoção por parte dos Estados de Direitos Humanos e de democracia política (tradução livre do autor).

Ademais, o aumento da expectativa quanto à formalização de novas Constituições e acordos internacionais que priorizassem a dignidade da pessoa humana deixou de ser um problema de jurisdição doméstica, tornando-se uma preocupação global.

Os direitos humanos constituem “uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais” (PIOVESAN, 2010, p. 98). Isto é, os direitos sociais, econômicos e culturais, por serem indiciáveis da discussão sobre a integração social, integram o conteúdo do direito ao desenvolvimento.

Em 1960, com o processo de descolonização, iniciou-se o grande marco histórico para o direito ao desenvolvimento, o qual, com o passar dos anos, foi-se disseminando em outros documentos internacionais, tais como: a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, na Carta das Nações Unidas, dentre outras.

Flávia Piovesan (2010, p. 102-103) subdivide o direito ao desenvolvimento em três vertentes, as quais ela denomina de dimensões centrais, quais sejam:

A) Justiça social: No sentido de que ela é um componente central e que todas as pessoas têm o direito a iguais oportunidades, acesso a recursos básicos, educação etc. O direito ao desenvolvimento, segundo essa vertente, se prestaria a assegurar o bem-estar dos indivíduos e da população como um todo.

B) Participação e *accountability*: em sendo o componente democrático essencial para o Direito ao Desenvolvimento, a participação popular é condição *sine qua non* para o bom funcionamento da máquina estatal e do governo em geral, sobretudo no que diz respeito às políticas públicas. Portanto, é dever do Estado assegurar a sólida participação da sociedade nas tomadas de decisões também para preservar a ampla proteção dos direitos humanos.

C) Programas e políticas nacionais e cooperação internacional: sabendo que há uma dimensão nacional e internacional do direito ao desenvolvimento, os Estados devem perseguir seus objetivos sob uma perspectiva macrossistemática, ou seja, adotando medidas que sejam interessantes para o Estado e para a comunidade global e, com isso, possibilitando maior integração e cooperação entre os povos.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito da coexistência de distintos instrumentos

jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 99-100).

A Declaração Sobre Direito ao Desenvolvimento de 1986 prevê transformações positivas e diretrizes claras sobre os direitos humanos. Referido documento prestigia, de forma nítida e maciça, o “*human rights-based approach*”, que ganhou destaque após a Declaração Universal de 1948. Essa abordagem integrativa do sistema de direitos humanos visa a estabelecer conexões *standards* do direito internacional para avaliar, sobretudo, a dimensão central de justiça social no mundo globalizado.

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 elencou o desenvolvimento como um dos objetivos fundamentais da República, *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 (BRASIL, 1988, *online*).

Isso significa que o próprio texto constitucional inclui o desenvolvimento como um fator determinante da natureza democrática, que deve ser considerado uma prioridade quando das formulações de planos nacionais e políticas públicas. Com efeito, sendo a Constituição de 1988 uma norma de caráter programático, seus princípios e objetivos precisam nortear a compreensão dos demais dispositivos devido ao que se chama de interpretação sistemática.

3.1 A visão do Desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen

Amartya Sen⁶, em sua obra “Desenvolvimento como liberdade”, além de defender que a ideia de desenvolvimento vai muito além do mero crescimento econômico (industrialização, modernização etc.), conceitua o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais das pessoas.

A liberdade individual é essencialmente um produto social, e existe uma relação de mão dupla entre 1) as disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais e 2) o uso das liberdades individuais não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes (SEN, 2000, p. 46).

⁶ Em 1993, juntamente com o economista paquistanês Mahbub ul Haq, Amartya Sen foi agraciado com o Prêmio Nobel de economia pela criação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), até hoje utilizado pelas Nações Unidas para a formulação dos seus relatórios anuais.

Pode-se dizer que as liberdades complementam-se na medida em que podem melhorar a situação financeira do indivíduo, o que possibilitaria a redução de suas privações. O autor alerta ainda para o direito de interagir economicamente com outros indivíduos. Quando essa liberdade comercial é tolhida, tem-se um retrocesso social. Amartya opta por utilizar a linguagem das liberdades no lugar da linguagem dos direitos, caso que essa última poderá suplementar a linguagem das liberdades.

Impõe-se o fortalecimento das liberdades das pessoas. A riqueza estrita não deve figurar como ideal de interesse do indivíduo e do Estado, mas sim as experiências e os estilos de vida decorrentes de um tipo de *welfarismo*.

Sob esse viés, as liberdades podem ser avaliadas sob duas perspectivas básicas: como fim primordial (papel construtivo) e como meio do desenvolvimento (papel instrumental)⁷ (SEN, 2000, p. 52).

A ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais importante que ela seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas (SEN, 2000, p. 19).

3.2 O enfoque das capacidades de Martha Nussbaum

Com uma visão um pouco diferente de Amartya Sen, mas ainda seguindo uma trajetória convergente, Martha Nussbaum, com o intuito de superar as teorias clássicas do contrato social, defende o enfoque das capacidades no âmbito da filosofia contemporânea.

A versão de Sen⁸ concentra-se na mensuração comparativa da qualidade de vida, apesar de também estar interessado em questões de justiça social. Eu, por outro lado, tenho usado essa abordagem para fornecer a base filosófica para uma explicação das garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações, como um mínimo do que o respeito pela dignidade humana requer (NUSSBAUM, 2013, p. 84).

A abordagem das capacidades de Martha propõe, dentre outros objetivos, um mínimo básico para a subsistência digna dos indivíduos, um núcleo fundamental e suficiente para todos conseguirem “ser”, “fazer” e “funcionar”. Essa ideia, sem surpresa, está instruída pelo

⁷ As liberdades instrumentais, nesse caso, ainda são divididas em: 1) Liberdades políticas 2) Facilidades econômicas 3) Oportunidades sociais 4) Garantias de transparência 5) Segurança protetora. Servem elas para complementarem-se entre si e, ao mesmo tempo, expandir o rol das capacidades (SEN, 2000, p. 55).

⁸ Atenta-se particularmente para a expansão das “capacidades” [capabilities] das pessoas para levar o tipo de vida que elas valorizam – e com razão. Essas capacidades podem ser aumentadas pela política pública, mas também, por outro lado, a direção da política pública pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo. Essa relação de mão de mão dupla é central na análise aqui apresentada (SEN, 2000, p. 32).

próprio princípio da dignidade da pessoa humana. “O enfoque das capacidades é, na minha visão, uma espécie de abordagem dos direitos humanos, e os direitos humanos têm sido associados de modo similar à ideia de dignidade humana” (NUSSBAUM, 2013, p. 94).

Portanto, essa centralização nos direitos, que se baseiam na dignidade humana, vem a corroborar com ideia de que essa última constitui o núcleo essencial/fundamental, o core dessa concepção. Sendo sua estrutura formal julgada como “boa” ou “ruim” com relação a ela, o que concede razão para se preferir algumas estruturas a outras. (NUSSBAUM, 2013, p. 385).

Esse núcleo essencial proposto por Nussbaum consiste basicamente em dez capacidades centrais, sem as quais nenhuma vida seria suficientemente digna, *verbis*:

1) Vida. Ter a capacidade de viver até o fim de uma vida humana de duração normal; não morrer prematuramente, ou antes que a própria vida se veja tão reduzida que não valha a pena vivê-la.

2) Saúde física. Ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; de receber uma alimentação adequada; de dispor de um lugar adequado para viver.

3) Integridade física. Ser capaz de se movimentar livremente de um lugar a outro; de estar protegido contra ataques de violência, inclusive agressões sexuais e violência doméstica; dispor de oportunidades para a satisfação sexual e para a escolha em questões de reprodução.

4) Sentidos, imaginação e pensamento. Ser capaz de usar os sentidos, a imaginação, o pensamento e o raciocínio - e fazer essas coisas de um modo “verdadeiramente humano”: um modo informado e cultivado por uma educação adequada, incluindo, sem limitações, a alfabetização e o treinamento matemático e científico básico. Ser capaz de usar a imaginação e o pensamento em conexão com experimentar e produzir obras ou eventos, religiosos, literários, musicais e assim por diante, da sua própria escolha. Ser capaz de usar a própria mente de modo protegido por garantias de liberdade de expressão, com respeito tanto à expressão política quanto artística, e liberdade de exercício religioso. Ser capaz de ter experiências prazerosas e evitar dores não benéficas.

5) Emoções. Ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoas fora de nós mesmos; amar aqueles que nos amam e que se preocupam conosco; sofrer na sua ausência; em geral, ser capaz de amar, de sentir pesar, sentir saudades, gratidão e raiva justificada. Não ter o desenvolvimento emocional bloqueado por medo e ansiedade. (Apoiar essa capacidade significa apoiar formas de associação humana que podem se revelar cruciais para seu desenvolvimento).

6) Razão prática. Ser capaz de formar uma concepção de bem e de ocupar-se com a reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida. (Isso inclui proteção da liberdade de consciência e de prática religiosa).

7) Afiliação.

A) Ser capaz de viver com e voltado para outros, reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos, ocupar-se com várias formas de interação social; ser capaz de imaginar a situação do outro. (Proteger essa capacidade significa proteger as instituições que constituem e alimentam tais formas de afiliação e também proteger a liberdade de associação e de expressão política).

B) Ter as bases sociais de autorrespeito e não humilhação; ser capaz de ser tratado como um ser digno cujo valor é igual ao dos outros. Isso inclui disposições de não

discriminação com base em raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião, origem nacional.

8) Outras espécies. Ser capaz de viver uma relação próxima e respeitosa com animais, plantas e o mundo da natureza.

9) Lazer. Ser capaz de rir, brincar, gozar de atividades recreativas.

10) Controle sobre o próprio ambiente.

A) Político. Ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida; ter o direito à participação política, proteções de liberdade de expressão e associação.

B) Material. Ser capaz de ter propriedade (tanto de bens imóveis quanto de móveis) e ter direitos de propriedade em base igual à dos outros; ter o direito de candidatar-se a empregos em base de igualdade com os demais; ter a liberdade contra busca e apreensão injustificadas. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participando de relacionamentos significativos, de reconhecimento mútuo com demais trabalhadores (NUSSBAUM, 2013, p. 91-93).

Evidentemente, para alcançar a pretensa universalidade⁹, Nussbaum reconhece que se trata de um rol aberto e suscetível às alterações de acordo com a evolução da humanidade em função da justiça social básica. O enfoque das capacidades é ainda considerado meio de conversão de recursos em funcionalidades no mundo fático.

Não há dúvida de que o enfoque das capacidades vai muito além dos ideias defendidos por John Rawls (2010), na medida em que a sua teoria da justiça pondera exclusivamente dimensões baseadas em renda e riqueza, passíveis de mensuração quantitativa. Nesse sentido, pode-se afirmar que as respostas para questões filosóficas complexas possuem importância prática imensurável.

4 O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO

Infelizmente, o Poder Constituinte Originário não enfrentou as temáticas acerca da realização e condução do desenvolvimento. Não foram previstos instrumentos de efetivação do direito ao desenvolvimento nem mecanismos de controle social. Nesse cenário, o direito em questão encontra-se em situação de completa alienação constitucional, na qualidade de parâmetro desprovido de instrumentais capazes de exigir efetivação concreta por carência de regulamentação infraconstitucional.

Não obstante haja muita preocupação com a atuação do Poder Legislativo, mais especificamente com a previsão constitucional de direitos em geral, pouca atenção tem sido

⁹ Muito se tem discutido sobre a problemática da universalização, principalmente dentro da seara dos Direitos Humanos. Mas devido à complexidade do tema e seu desvio do propósito da temática aqui abordada, esse assunto deverá ser melhor tratado em outro estudo.

dispensada para a regulação infraconstitucional, realidade que ficou conhecida como síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

Não pode a população ficar à mercê da boa vontade de legisladores e governantes¹⁰ para ter seus direitos constitucionais atendidos. Os altos níveis de exclusão social e miserabilidade demandam cada vez mais a intervenção e o controle do Poder Judiciário na concretização da justiça social.

Não se pode mais fechar os olhos para a realidade e esperar a corrosão dos últimos resquícios de segurança jurídica. É fundamental a existência de mecanismos que sejam capazes de conduzir ao Estado Democrático de Direito, em que as liberdades e capacidades sejam plenamente asseguradas de forma a garantir a boa convivência.

O fato é que a inércia dos poderes públicos e as flagrantes violações constitucionais, cada vez mais, consolida o retrocesso social. Sabe-se que a proibição ao retrocesso não representa uma novidade segundo a jurisprudência pátria. Ao contrário, parece não haver dúvida quanto à impossibilidade de retroceder sem que isso acarrete a responsabilização.

Retornar ao *status quo ante* significaria aniquilar direitos e garantias fundamentais já conquistados pela população ao longo dos anos. Logo, é razoável assumir que o Estado Democrático de Direito, por caracterizar-se também pelo permanente e contínuo progresso do bem-estar, não estaria sujeito ao declínio em um campo tão sensível que simboliza o cerne de toda a sustentação estatal.

Com efeito, em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição (SARLET, 2004, p. 15).

O vínculo que, em última instância, liga o princípio da proibição do retrocesso social, da segurança jurídica e outros princípios constitucionais materiais é a dignidade da pessoa humana, diretriz fundamental para uma regulamentação justa.

É natural que, uma vez não atendidos os anseios constitucionais, a população recorra ao Poder Judiciário em busca de concretização. O direito ao desenvolvimento é considerado

¹⁰ Nesse caso, quando o Poder Executivo pretende se esquivar da obrigação de concretizar direitos constitucionais normalmente utiliza como pretexto o chamado de princípio da reserva de consciência ou princípio da reserva do possível, que é uma construção da doutrina alemã (*Vorbehalt des finanziell Möglichen*) e que, por óbvio, deve ser entendido sobre as óticas da razoabilidade e proporcionalidade para não serem usados de maneira indiscriminada com o intuito de desobrigar o Executivo de suas obrigações previstas na Constituição Federal.

norma fundamental para a prosperidade da nação, pronta para ser efetivada em favor da sociedade. Por isso, “não pode se furtar a agir de acordo com as respectivas esferas de competência, sempre na busca da implementação de ações e medidas de ordem política, jurídica ou irradiadora que almejam a consecução daquele objetivo fundamental” (PEIXINHO; FERRARO, 2008, p. 6963).

O direito ao desenvolvimento é acomodado pelo conceito de direitos humanos e figura como um dos objetivos da República Federal do Brasil (art. 3º, II). Sua constitucionalidade material é indiscutível. É nesse cenário que o mandado de injunção visa a conceder a mais vasta e irrestrita proteção a esse preceito constitucional, considerando-se toda a sua carga axiológica.

5 CONCLUSÃO

Diferentemente de uma visão já consagrada de direito ao desenvolvimento como aquele meramente relacionado ao crescimento econômico, as novas abordagens dessa temática trazidas pelos autores supracitados (a saber, Amartya Sen e Martha Nussbaum) remetem à ideia de que as liberdades fundamentais consigam ser plenamente realizadas pelos indivíduos.

O desenvolvimento está previsto como objetivo da República no artigo 3º da Constituição de 1988. Há, também, outras previsões no texto constitucional. Disso resulta a seguinte conclusão: conquanto não esteja previsto no art. 5º da Constituição Federal, trata-se, indiscutivelmente, de um direito humano fundamental.

O maior entrave para a realização do direito ao desenvolvimento decorre da falta de efetividade, causada, em larga medida, pelo desinteresse político dos governantes e pela inércia da população, que muitas vezes desconhece o direito de exigir direitos constitucionais ainda não regulamentados.

A existência de um Estado Democrático de Direito pressupõe a participação popular durante todo o processo de efetivação do direito ao desenvolvimento. Melhor dizendo, a própria participação popular integra o conteúdo jurídico do direito ao desenvolvimento. Trata-se, pois, de institutos indissociáveis, de tal maneira que não faz sentido a implementação de um sem a do outro. Essa estratégia, portanto, tem por escopo a defesa da supremacia da Constituição, garantindo a realização dos seus preceitos fundamentais e dispositivos essenciais para a consagração da boa governança e do próprio Estado Democrático de Direito. Somente assim desvia-se do retrocesso social.

Destarte, defende a utilização do mandado de injunção, com o intuito de realizar o direito ao desenvolvimento em seus mais variados campos de atuação, convergindo a prática às legítimas expectativas da sociedade. Mais uma vez o Poder Judiciário posiciona-se para suprir o *gap* entre a previsão constitucional e a efetivação desse direito.

O principal obstáculo decorre de uma cultura de inefetividade estatal. Inacreditavelmente, ofensas à Constituição são consideradas lindes na normalidade. O mandado de injunção sobrepuja os obstáculos de inércia legislativa e falta de compromisso parlamentar com o texto constitucional para realizar o pacto constitucional-federativo em prol dos cidadãos.

6 BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jul. 2017.

_____. Lei 13.300 de 23 de Junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm>. Acesso em 04 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 102/PE. Relator: Min Marco Aurélio. Julgamento em: 12 fev. 1998. Publicado no Diário de Justiça em 25 out. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=102&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 335/DF. Relator: Min. Néri da Silveira. Publicado no Diário de Justiça em: 17 de jun. de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=335&classe=MI-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 168/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no Diário de Justiça em 20 abr. de 1990a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=168&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107/DF. Tribunal Pleno. Rel. Ministro Moreira Alves. Julgamento: 23 nov. 1989. Publicado no Diário da Justiça da União em 21 set. 1990b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=107&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 283/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no Diário de Justiça em: 20 mar. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=283&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no Diário de Justiça em 30 ago. 2007 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=721&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670/DF. Relator: Min Gilmar Mendes. Publicado no Diário de Justiça em 31 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=670&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

HURREL, Andrew. Power, Principles and Prudence: Protecting Human Rights in a Deeply Divided World. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas. **Human Rights in Global Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

LEITÃO, André S.; NETO, Pedro Miron. Desenvolvimento, Intervenção do Estado, Normalização e Fracasso. In: Congresso Nacional do CONPEDI (24: 2015: Florianópolis: SC) Anais do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, pp. 212-231. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça**: Deficiência, Nacionalidade e Pertencimento à Espécie. Trad. Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao Desenvolvimento Como Direito Fundamental. In: Congresso Nacional do CONPEDI (16: 2007: Belo Horizonte, MG) Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI, pp. 6952-6973. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao Desenvolvimento: Desafios Contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Prado (coords.). **Direito ao Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Revista de Direito Social, v. 14, 2004. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 ago 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.