

INTRODUÇÃO

A categorização do desenvolvimento como Direito Humano deu-se em 1986, a partir da Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, ocasião em que se vislumbrou a positivação, a nível internacional, de um processo complexo e abrangente que tinha como principais fatores a economia, a sociedade, a política e a cultura. Todavia, apesar da sua ampla abrangência, o conceito de desenvolvimento não é algo uníssono, podendo variar em razão do espaço onde será aplicado, em função do lapso temporal e, ainda, em decorrência de preferências políticas ou ideológicas.

A despeito de inexistir um conceito preciso de desenvolvimento, há um aparente consenso de que não se deve confundi-lo com crescimento econômico, uma vez que este é apenas uma parcela constante daquele e instrumento para que seja alcançado. Para fins de execução da presente pesquisa, foram consideradas as teorias de Amartya Sen, para quem desenvolvimento é visto como liberdade, e de Ignacy Sachs que considera aspectos econômico, social e ambiental na persecução e parametrização de um conceito apropriado de desenvolvimento. A justificativa de tal escolha deve-se ao fato de que os preceitos apresentados pelos mencionados teóricos são o mais utilizados em âmbito nacional quando da tratativa do Direito ao Desenvolvimento.

Outrossim, cumpre salientar que a existência de um conceito relativamente estável de desenvolvimento não implica necessariamente no enfrentamento do problema e na sua consequente solução, qual seja, a concretização de tal direito. Ao revés, depara-se com a necessidade de conceituar os elementos que lhes são afim, quais sejam, liberdade (para Amartya Sen) e desenvolvimento econômico sem comprometimento da sociedade e do meio ambiente (para Ignacy Sachs).

Estas questões dificultam a abordagem do desenvolvimento enquanto direito, em especial enquanto direito subjetivo, especialmente pela inexistência direta de uma relação antecedente-consequente cerrada a ponto de possibilitar a atuação positiva do Estado para garanti-lo. A abordagem do desenvolvimento enquanto direito, difundida entre a doutrina nacional e estrangeira, deve ser repensada para que não se torne um conceito vazio, destituído de significado e, o que é mais grave, de normatividade.

Nesse sentido, o presente artigo se voltará à realidade jurídica nacional, buscando encontrar um conceito de desenvolvimento no direito brasileiro. Para tanto, partirá de uma

pesquisa qualitativa de cunho bibliográfico e documental, ao passo que analisará as principais obras dos mencionados teóricos que tratam sobre o objeto central do trabalho, perpassando pela legislação pátria e os dispositivos afins ao Direito ao Desenvolvimento.

Deste modo, inicialmente abordar-se-á o desenvolvimento na ordem jurídica pátria, com atenção à sua conceituação jurídica tanto no âmbito constitucional como infraconstitucional, a fim de promover a densificação do seu conteúdo. Em pó, será apresentada e debatida a estrutura do direito subjetivo que pode demandar do Estado uma conduta de imposição para fins de persecução e coerção estatal no caso de descumprimento. Ato contínuo, buscar-se-á conceituar a natureza jurídica do desenvolvimento com o propósito de discutir as duas abordagens apresentadas e compreender quais os possíveis meios a serem utilizados para sua defesa e consequente efetivação.

Por fim, será tratado o mínimo existencial do direito ao desenvolvimento e a reserva do possível, enquanto duas faces de uma mesma realidade – por um lado, um mínimo que deve ser garantido, com base no ordenamento jurídico nacional; por outro, as limitações fático-jurídicas que dificultam a concretização ou uma ampliação da efetividade do desenvolvimento.

2 O DESENVOLVIMENTO NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Inicialmente, cumpre pontuar que o direito ao desenvolvimento pertence aos direitos fundamentais de terceira geração. Essa categoria consolida-se ao final do século XX enquanto direitos que se destinam à toda coletividade, reconhecendo, ainda, o protagonismo da humanidade (BONAVIDES, 2015).

Consoante preleciona Paulo Bonavides (2015), identifica-se cinco direitos de terceira geração, quais sejam, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Ao revés do que se imagina, os mencionados direitos encontram-se intrinsecamente ligados à solidariedade e, não, à fraternidade, uma vez que alcança toda a coletividade e demanda do Estado uma postura ativa na sua persecução e consequente concreção.

No plano internacional, a primeira manifestação jurídica no sentido de conceber o direito ao desenvolvimento como um direito humano ocorreu em 1986, através da Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas. O artigo primeiro da mencionada resolução trouxe a

definição do direito ao desenvolvimento como um direito inalienável, uma vez que toda a coletividade estaria habilitada para participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, compreendendo, ainda, a plena realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (SÁTIRO; MARQUES; OLIVEIRA, 2016).

Para a Assembleia Geral das Nações Unidas, era forçoso reconhecer a “interdependência entre os fatores econômicos e sociais na condução conjunta do desenvolvimento econômico e do desenvolvimento social com o intuito de estabelecer melhores condições de vida” (BRANT, 2014, p. 311). É de se observar que o dispositivo internacional garante expressamente o direito de todo homem exigir, de acordo com os recursos de cada Estado, a prestação de direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao desenvolvimento pessoal.

No âmbito nacional, a previsão expressa do direito ao desenvolvimento deu-se no bojo da Constituição Federal de 1988, especificamente em seu art. 3º que trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Vislumbra-se, assim, que a Carta Magna garante expressamente o desenvolvimento nacional. Porém, tal previsão normativa deixou de traçar parâmetros conceituais mínimos para definir o direito mencionado, deixando a cargo da doutrina discutir e apontar o seu conteúdo jurídico a partir da análise de outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que o desenvolvimento, a *priori* elencado como garantia fundamental, uma vez que inserido no Título II da CF, passa a ser enunciado como programa de ação do governo (SÁTIRO; MARQUES; OLIVEIRA, 2016). Há, pois, uma compreensão reducionista do retro direito, posto que sua percepção como norma programática relativiza e restringe a concepção integral e indivisível do indivíduo e da coletividade que são destinatários do direito ao desenvolvimento em todas as suas dimensões.

Por outro lado, cumpre salientar que a conceituação do direito ao desenvolvimento no bojo da Constituição pelo legislador implicaria no risco de uma “subinclusão” ou “sobreinclusão”, indo diretamente de encontro aos preceitos normativos e garantistas que o mencionado direito requer. Em razão disso, a tarefa de apresentar os parâmetros conceituais fica a cargo da doutrina que, em geral, aponta o desenvolvimento como um direito complexo, uma vez que demanda uma aplicação em atenção às esferas econômica, social e ambiental.

Deste modo, é que se promove uma leitura sistêmica da Constituição, lembrando do papel do Estado na promoção de direitos sociais – em especial aqueles elencados pelo artigo 6º -

na intervenção do Estado na economia bem como no dever estatal de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, nos termos do art. 225, da CF/88.

O desenvolvimento é conceito de textura aberta que necessita de complementação com fatores extrajurídicos e variáveis cultural e social. Assim, enquanto que, para alguns, desenvolvimento pode equivaler a crescimento econômico acelerado, para outros, o desenvolvimento deverá compreender o crescimento econômico e também o desenvolvimento social, ambiental, territorial e político (SACHS, 2008).

Apesar dos esforços empreendidos pela doutrina, cumpre ressaltar que o direito ao desenvolvimento apresenta diversas manifestações conceituais, mas que, na grande maioria das vezes, revelam uma compreensão reduzida à esfera econômica (SÁTIRO; MARQUES; OLIVEIRA, 2016). Como visto, o direito ao desenvolvimento faz jus a variadas perspectivas (social, política, cultural, ambiental, histórica e econômica), logo, vislumbrando uma abordagem complexa e apropriada deste instituto cumpre uma breve análise da estrutura do desenvolvimento como direito subjetivo e sua natureza principiológica.

3 ESTRUTURA DO DIREITO SUBJETIVO

O conceito de direito é, em geral, contraposto ao conceito de dever, como se fossem dois elementos diferentes e dissociados entre si. Os termos seriam antíteses, como se um negasse a existência do outro. Hans Kelsen (2006), em sua Teoria Pura do Direito analisa que os termos são, na verdade, complementares, como duas faces de uma mesma moeda. Ao termo direito – analisado sob a ótica de direito subjetivo – complementa-se o dever, pois só há lógica em afirmar que alguém tem direito a algo se outra pessoa (ou outras pessoas) tiver o dever jurídico de prestá-lo.

Tem-se, assim, uma relação deontica na qual essa pretensão somente existe se o dever de efetiva-lo puder, realmente, ser cobrado de alguma forma. Hans Kelsen (2006, p. 144) explica que “uma ‘pretensão’ a ser sustentada num ato jurídico apenas existe quando o não-cumprimento do dever se possa fazer valer através de uma ação judicial”.

Esse é, inclusive, um aspecto importante que diferencia o Direito da Moral ou da Ética. Enquanto no Direito, a não observância de um preceito acarreta uma sanção que pode ser cobrada, inclusive coativamente pelo Estado, na Moral, o descumprimento de um comando gera,

no máximo, uma reprimenda interna e na Ética, uma reprimenda de um grupo social específico, sem previsibilidade, coação ou sistematicidade. Tem-se, portanto, a contraposição de uma ordem concreta e que pode ser imposta a alguém (no Direito) e uma ordem difusa e imprevisível (na Ética) que, de todo modo, não pode ser imposta coativamente, de modo legítimo.

Lourival Vilanova (2003) explica, sob a estrutura lógica, o aspecto do direito subjetivo. Para o autor pernambucano, tem-se que:

A fórmula “A deve-ser B” como expressão das *ought-propositions*, distintas das *is-propositions*, só inclui um operador (functor) e duas variáveis. Falta o conectivo implacional “se...então”. Agora, visto que a regra de direito positivo é regra sancionada, para refletir formalmente essa situação objetiva, faz falta outra proposição composta que tenha por hipótese o não-cumprimento (em sentido geral) do estatuído na tese da primeira proposição normativa (VILANOVA, 2003, p. 179).

A estrutura de direito subjetivo é mais facilmente visualizada quando é decomposta sob uma estrutura lógica, tal qual explicado por Lourival Vilanova (2003). Assim, o direito subjetivo exige a explicação de uma conduta e a imposição de uma sanção no caso de não cumprimento daquela conduta. Em outras palavras, para que algo seja estruturado como direito subjetivo, deve haver previsão de sanção que seja coativamente imposta pelo Estado. A existência de um direito subjetivo implica, necessariamente, uma ordem para sua observância e – o que é mais importante, na teoria kelseniana – uma possibilidade de aplicação de sanção para seu descumprimento. Essa sanção nada mais é do que um complemento da ordem – permissão, proibição ou autorização. Para Hans Kelsen (2006, p. 149):

Do ponto de vista de uma concepção que encare o Direito como norma ou sistema de normas, porém, o direito subjetivo não pode ser um interesse – protegido pelo Direito – mas apenas a proteção ou tutela deste interesse, por parte do Direito objetivo. E esta proteção consiste no fato de a ordem jurídica ligar à ofensa desse interesse uma sanção, quer dizer, no fato de ela estatuir o dever de não lesar esse interesse.

A existência de uma sanção que seria a consequência jurídica do descumprimento de um direito subjetivo não precisa, necessariamente, estar atrelada topograficamente a ela. Não se faz necessário, de forma exemplificativa, que haja uma construção jurídica de um tipo – tal qual ocorre nas leis penais – em que há claramente a previsão de uma conduta e, logo após, a sanção para o caso de seu descumprimento.

A consequência jurídica do direito subjetivo pode ser encontrada a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Ainda citando o autor austríaco, este exemplifica que “o direito de liberdade religiosa constitucionalmente assegurado representa um

direito subjetivo quando o processo para a anulação de uma lei que limite a liberdade religiosa pode ser instaurado por todo e qualquer indivíduo que essa lei afete.” (KELSEN, 2006, p. 160).

Como já observado, a Constituição trata como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a garantia ao desenvolvimento nacional (art. 3º, II). Além disso, em seu preâmbulo é afirmado que o Estado Democrático Brasileiro tem como uma de suas funções garantir, dentre outros, o desenvolvimento. Ao longo do texto constitucional, há mais oitenta e seis menções ao termo desenvolvimento sem, contudo, explicitá-lo. A menção ao termo é feita de forma genérica e, muitas vezes, em normas de eficácia limitada¹ ou atribuindo competências aos entes federados².

Em geral, todos os direitos ou as garantias previstas na Constituição são pensados, pelo menos de forma indireta, a resguardar o desenvolvimento nacional, entendendo-o sob uma forma ampla e não restrito à concepção exclusivamente econômica. Os direitos sociais, as formas de intervenção do Estado na economia, os planos de desenvolvimento nacional ou regional têm ou devem ter em mente o desenvolvimento sob a ótica das liberdades, do crescimento econômico e da preservação do meio ambiente. Este conceito, contudo, não é facilmente apreendido a partir da leitura da Constituição e é, ao contrário, elaborado (não sem certa divergência) pela doutrina.

Não há, contudo, qualquer consequência constitucionalmente prevista para o não cumprimento ou não efetivação do desenvolvimento. Não há, tampouco, a possibilidade de ser pleiteada judicial ou administrativamente a implantação do desenvolvimento. O que pode haver é o descumprimento de alguns direitos constitucionalmente estabelecidos e a previsão de ações judiciais ou administrativas para saná-las. Por exemplo, pode haver um descumprimento do direito à educação (art. 6º, CRFB/88) e a possibilidade de ser pleiteada, inclusive por via judicial, a matrícula de crianças em creches³, entretanto não é possível afirmar com precisão que se trata especificamente de um direito subjetivo ao desenvolvimento.

4 DESENVOLVIMENTO COMO PRINCÍPIO

O princípio é conceituado tradicionalmente como um mandamento de otimização o qual deve ser realizado na maior medida dentro das possibilidades fáticas e jurídicas impostas

¹ Cf. o art. 5º, XXIX, da CF/88 a título de exemplo.

² Cf. o art. 21, IX, da CF/88 a título de exemplo.

³ Cf. o AI 1.356.877/RS, STJ.

(ALEXY, 2017). A conceituação de princípio como espécie de norma que difere da regra por não se aplicar em um sentido de tudo ou nada, mas, ao contrário, na maior medida possível, vem a atender a reclames positivistas que viam em princípios jurídicos apenas um apelo ou um chamamento para sua realização.

Para Piovesan (2015), o direito ao desenvolvimento deve abranger três aspectos: em primeiro lugar, a participação popular, seja de forma indireta, seja de forma direta, por meio de conselhos populares e órgãos afins. Em segundo lugar, o desenvolvimento compreende as necessidades básicas de justiça social, no qual os direitos sociais estão enquadrados (PIOVESAN, 2015). Em derradeiro, o desenvolvimento implica planejamento e cooperação nacional e internacional, garantindo, assim, um “caminhar junto” para atingir o mesmo fim (PIOVESAN, 2015).

De início, o direito de participação que é enfocado pela Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 da ONU é elemento previsto na CF/88 em diversas oportunidades. Logo em seu artigo 1º, parágrafo único, a Constituição rememora que o poder emana do povo, que o exerce direta ou indiretamente, por meio de seus representantes. Nesse ponto, verifica-se o chamamento da sociedade à participação da gestão da coisa pública, quer no direito de petição (art. 5º, XXXIII), quer na instituição da ação popular (art. 5º, LXXIII) que afigura-se como um importante instrumento de fiscalização do cidadão de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa e ao meio ambiente.

Além disso, participação popular, através de conselhos ou de órgãos deliberativos⁴ são instrumentos importantes (embora ainda tímidos) que possibilitam a participação da sociedade na administração e gestão do Estado. A importância do fomento à participação é ressaltada por Amartya Sen (2010) no seu aspecto instrumental a qual possibilita que os reclames e anseios populares sejam ouvidos por seus representantes e, em um Estado democrático, onde há eleições periódicas, também os força a ouvirem os representados e garantirem seus direitos, até como meio de serem eleitos.

O segundo elemento trazido por Piovesan (2015) no conceito de desenvolvimento é a garantia de necessidades básicas de justiça social. Nesse ponto, a CF/88 trouxe um extenso rol de

⁴ Nesse sentido, tem-se o Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Conselhos de Meio Ambiente, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, Conselho Nacional da Previdência Social, dentre outros.

direitos sociais⁵. A efetivação destes garante uma maior possibilidade de visualização da igualdade material, permitindo igualdade de oportunidades de desenvolvimento pessoal e social. Para Gilmar Mendes (2018) os direitos sociais cumprem ao propósito de garantir não apenas a liberdade-autonomia, qual seja, aquela perante o Estado, mas também a liberdade por meio deste. Para o autor, parte-se da premissa de que o indivíduo está sujeito à contrapartida garantista dos poderes públicos no que diz respeito à conquista e manutenção de sua liberdade (MENDES, 2018).

Em terceiro, a necessidade do planejamento e cooperação também não passam ao largo da CF/88. Ao contrário, é comum a previsão de instituição de planos (art. 21, IX, XX, art. 23, parágrafo único, 43, 48, IV, 58, VI, 174, §1º, 180, 182) setoriais e nacionais, de forma a buscar uma atuação conjunta em efetivação do federalismo cooperativo.

Tanto o desenvolvimento é previsto pela Constituição como os seus principais elementos – participação, garantia de direitos sociais e planejamento cooperativo – são tratados exaustivamente na ordem constitucional brasileira, porém não são delimitados. Em sua grande maioria, a CF/88 traz apenas uma previsão de implantação, cabendo às normas infraconstitucionais a consequente aplicação em conformidade às possibilidades fáticas e jurídicas. Resta, pois, presente o caráter principiológico do desenvolvimento, uma vez que este é um instituto complexo que compreende a esfera social, cultural, política, histórica e econômica.

Em contrapartida, cumpre mencionar que a caracterização de uma norma como princípio não retira, automaticamente, a sua natureza de direito subjetivo. Na classificação de normas proposta por Robert Alexy (2017), em que as subdivide em princípios e regras, os direitos subjetivos tanto podem assumir feição de regras jurídicas quanto de princípios. Podem, ainda, assumir um caráter duplo se forem construídas de forma a abarcar os conceitos de regras e princípios.

A menção à natureza de princípio do desenvolvimento leva a algumas considerações. Primeiro, enquanto princípio, o desenvolvimento é capaz de “abrir a argumentação jurídica para heterorreferência, apontando para elementos que existem fora do sistema” (MACÊDO, 2019, p. 163). Segundo, em decorrência da conclusão anterior, a aplicação do desenvolvimento depende de fatores culturais, econômicos e sociais que irão variar de Estado para Estado e, dentro do

⁵ “Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988, n.p.).

mesmo Estado, em épocas distintas, impedindo um conceito minimamente universal. Terceiro, a menção ao desenvolvimento serve para ajudar a elaborar um afinamento hermenêutico para outras normas, estas com conteúdo de regras e de direitos subjetivos. Por último, as regras construídas a partir dos princípios – quer por atividade legislativa, judicial ou executiva – concretizarão o princípio do desenvolvimento e darão conteúdo normativo ao princípio, no aspecto econômico, ambiental, social e político.

O caráter principiológico do direito ao desenvolvimento também é percebido quando da sua análise como um direito *prima facie*, devendo-se levar em conta “circunstâncias sócio-econômicas vigentes, dependendo, de modo especial, da receptividade política a determinadas políticas do poder público e da concepção vigente de justiça social.” (SARLET, 1999, p. 130).

A classificação do desenvolvimento como princípio reconhece a necessária abertura do termo a elementos colhidos de fora do sistema jurídico (*inputs* de aspectos sociais, econômicos, culturais, históricos etc.) e reconhece a necessidade de uma intermediação legislativa ou administrativa para a efetivação do princípio. Desta forma, enquanto princípio, o desenvolvimento tem uma hipótese normativa ampla, demandando um processo concretizador para torna-lo em direito subjetivo (NEVES, 2019).

O que há na Constituição são menções a um conceito indeterminado juridicamente. Isso leva à reflexão acerca da necessidade e possibilidade de uma melhor explicação e parametrização do direito ao desenvolvimento que fica à mercê das normas infraconstitucionais para fins de persecução e concreção. Não seria suficiente o seu caráter principiológico para lhe fornecer ampla incidência e alcance? Deveria o desenvolvimento, assim, estar condicionado às normas infraconstitucionais, uma vez que pode ser concebido como princípio e direito subjetivo?

A ausência de conceitos no bojo da Carta Magna pode ser compreendida como a intenção do legislador de contemplar o mencionado direito com a sua concreção na acepção mais ampla e, portanto, fazer jus ao preceito maior que este carrega em si, qual seja, o propósito da solidariedade intrínseco aos direitos fundamentais de terceira geração.

Em contrapartida, essa amplitude axiológica não pode ser um elemento paralisante e sobrestar o desenvolvimento como um mero valor constitucional. Isso porque, *a priori*, a Carta Magna não traz em seu bojo palavras desnecessárias, ou seja, desprovidas de propósito. Ao revés, a ausência de delimitação terminológica proporciona a maximização da aplicabilidade de todas as normas nela previstas (força normativa da Constituição).

Por derradeiro, a caracterização do desenvolvimento como norma reforça seu caráter deontológico que, se não possibilita que o indivíduo o cobre de maneira efetiva e direta, conduz os atos do Estado no sentido de promover ações que podem contribuir para uma garantia e um acréscimo do desenvolvimento nacional.

O desenvolvimento, por seu turno, aponta conceitos existentes fora do campo do Direito – elementos econômicos, ambientais, sociais, culturais – que precisam ser interpretados por meio da linguagem da ciência jurídica, com o fito de torna-lo plenamente realizável. Vale dizer, a simples menção ao desenvolvimento não implica imediatamente na possibilidade de o indivíduo pleiteá-lo judicialmente, inclusive com apoio de medidas coercitivas. Antes, faz-se necessário apreender seu conteúdo, por meio de processos de concretização – processos legislativos, judiciais ou administrativos – para, enfim, poder aponta-lo enquanto direito subjetivo.

A regra oriunda da concretização do princípio do desenvolvimento pode traduzir-se, por exemplo, em garantia de educação básica, prestação de direito de saúde, ampliação na participação popular na formulação de políticas públicas, dentre outras medidas que dependerão de debate democrático por meio dos atores competentes (administradores, juízes e legisladores)

Sendo o desenvolvimento um princípio e, enquanto tal, um mandamento de otimização, aplicando-o na maior medida possível de acordo com capacidades fáticas e jurídicas, resta avaliar ainda dois limites que, invariavelmente, acompanham todas as ações prestacionais do Estado: reserva do possível e teoria do mínimo existencial. Far-se-á nos próximos dos capítulos.

4.1 Desenvolvimento e mínimo existencial

A desconsideração do direito ao desenvolvimento como um direito subjetivo não pretende esvaziá-lo de conteúdo e torna-lo absolutamente incólume à judicialização, sob pena deste ser tratado como mera recomendação. O desenvolvimento goza de um conteúdo mínimo intangível que deve ser atendido pelo Poder Público.

Pode-se dizer que esse mínimo intangível do desenvolvimento equivale ao mínimo existencial, fundando-se “na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade” em um conceito que reflete ao conceito de desenvolvimento proposto por Amartya Sen (TORRES, 2009, p. 13).

O mínimo intocável do desenvolvimento poderá ser extraído, inicialmente, do texto constitucional. De início, o art. 208, I, da CF/88 estabelece que é dever do Estado a promoção da educação básica obrigatória e gratuita, entre os 4 (quatro) e 17 (dezesete) anos, garantindo, ainda, a matrícula em educação infantil, creches e pré-escolas às crianças de até 5 (cinco) anos. Este dispositivo já foi entendido pelo Supremo Tribunal Federal⁶ (STF) como uma prerrogativa constitucional indisponível, determinando ao Estado a obrigação de criar condições objetivas de garantir concretamente a matrícula destas crianças.

O direito à educação, em especial da matrícula de crianças em pré-escolas e creches, pode ser tratado, no Brasil, como mínimo essencial ao desenvolvimento, em especial no tocante à possibilidade de capacitação pessoal do indivíduo. Tal qual preconizado por Amartya Sen (2010) ao dispor sobre a capacitação das pessoas, através das oportunidades sociais.

De forma semelhante, no tocante à assistência social, as regras previstas na Lei n. 8.742/93, que trata sobre a organização da Assistência Social, constituem o mínimo da promoção assistencial do Estado, entendida a assistência também como importante mecanismo de promoção do desenvolvimento do indivíduo, garantindo-lhe o mínimo indispensável à vida digna.

Outrossim, cumpre salientar que o desenvolvimento não se restringe ao mínimo existencial, em especial, o mínimo existencial de direitos sociais. É papel do Estado o aumento gradativo de proteções e prestações de direitos – tanto direitos individuais quanto direitos sociais, culturais e econômicos – garantindo uma erradicação da pobreza e maximização da qualidade de vida. Esta atuação do Estado, contudo, deve advir em decorrência do “exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático.” (TORRES, 2009, p. 81).

O aspecto mínimo do direito ao desenvolvimento – este que é tido como direito subjetivo do indivíduo – não está sujeito ao engessamento, uma vez que é formado por condições materiais díspares em diferentes momentos e diferentes locais. Não se concebe um direito humano ao desenvolvimento, entendendo-se como um direito universalmente aplicável igualmente em todos os locais e épocas.

Sendo variável o conceito de desenvolvimento, também será variável sua aplicação em diversos Estados, seja pelos fatores já mencionados seja pela própria participação popular na construção de políticas públicas. Pois, de acordo com Amartya Sen (2010), a própria participação

⁶ Cf. ARE 697.337.

do povo na concepção de políticas públicas é considerada, em si mesma, como componente do conceito de desenvolvimento. Deste modo, cumpre a breve reflexão sobre a inviabilidade da concreção de tais políticas em razão de indisponibilidade orçamentárias estatais. É possível o Estado esquivar-se do cumprimento daquelas arguindo a falta de orçamento para tal? De acordo com Bercovici (2005), isso não poderia acontecer, uma vez que o orçamento público deve se adequar aos preceitos garantistas constitucionais e, não, o inverso. Isso poderia ser compreendido como um retrocesso social.

A questão do retrocesso social tem sido debatida e, de modo geral, há um consenso por não haver uma absoluta proibição deste regresso, “mormente em face da dinâmica do processo social e da indispensável flexibilidade das normas vigentes.” (SARLET, 1999, p. 113). A inexistência da proibição absoluta do retrocesso social não implica que os direitos conquistados podem ser livremente suprimidos em decorrência de crises econômicas ou debates políticos.

Aponta-se que aqueles direitos inerentes à garantia da existência do indivíduo possuem uma fundamentação material mais agravada, tornando-o, se não absolutamente intocável, revestido de um escudo mais denso, exigindo um ônus argumentativo e probatório mais robusto para sua relativização ou diminuição. Mesmo nestes direitos mais caros à existência do ser humano, há que se encontrar um núcleo essencial intocável pelo legislador ou administrador. Mais uma vez, esse núcleo essencial deverá ser realizado de maneira tópica, em cada caso concreto, e levando-se em conta particularidades não apenas materiais (orçamentárias e culturais), bem como jurídicas (análise dos direitos constitucionais, proximidade à dignidade humana, exercício da ponderação e aplicação da proporcionalidade).

A análise destes núcleos intangíveis dos direitos que compõem o desenvolvimento deve guardar relação com a reserva do possível que, conforme será exposta no tópico próximo, tem relação não apenas com a possibilidade orçamentária-financeira do Estado, mas com outros aspectos igualmente relevantes, de modo a delimitar o mínimo intangível do desenvolvimento.

4.2 Desenvolvimento e reserva do possível

O desenvolvimento é norma principiológica com forte carga valorativa que demanda confluência de fatores estatais e extra estatais para conferir-lhe conteúdo jurídico. A menção descontextualizada ao termo “desenvolvimento” poderá levar a diversos conteúdos (valorativos

ou jurídicos), muitas vezes divergentes entre si e que não trazem nenhum contributo direto à Ciência do Direito. Quando muito, a menção a “desenvolvimento” atua como argumento para que sejam envidados esforços para uma determinada área (desenvolvimento social, desenvolvimento econômico, desenvolvimento tecnológico etc.) sem, contudo, apontar os meios para concretização deste desenvolvimento.

Enquanto princípio, a norma não é objetivável *prima facie*, necessitando de fatores jurídicos e não jurídicos para lhe dar concretude. Dentre os valores extrajurídicos, pode-se citar elementos históricos, sociais, econômicos e culturais. Dentre fatores jurídicos, a coexistência com outros princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais, processos interpretativos por meio de elaboração de leis, atos administrativos e decisões judiciais (com ou sem caráter vinculante).

O reconhecimento destes condicionantes não impede, contudo, o reconhecimento do caráter normativo do desenvolvimento. O princípio do desenvolvimento é norma jurídica e, enquanto tal, tem seu papel vinculante para o Estado com funções normogenéticas, mas, também, impositivas. Trata-se do que se apontou anteriormente como o mínimo existencial, sem o qual não há que se falar em desenvolvimento.

A efetivação do mínimo intangível do desenvolvimento não exige o Estado e a sociedade do debate de meios de sua concretização progressiva. A implantação do desenvolvimento tem seu *habitat* precisamente na formulação de políticas públicas, em que o debate democrático qualificado exerce papel fundamental com a participação de setores da sociedade fazendo valer seu posicionamento. Contudo, uma vez que a implantação progressiva do desenvolvimento requer, em geral, investimento econômico, esbarra em questões fáticas orçamentárias que não podem ser ignoradas, mas que também não podem ser inviabilizadoras da sua implementação.

De início, não se concorda com a ideia de que alguns direitos inerentes ao desenvolvimento não trazem custos imediatos. É necessário esclarecer, valendo-se da, readaptada, frase de Friedman “não há almoço grátis”, que todos os direitos garantidos pelo Estado sejam eles de caráter negativo (no sentido de abstenção) ou de caráter positivo (na acepção de contraprestação) exigem um custo e esse custeio requer recursos e estes, por sua vez, demandam uma arrecadação (BLYTH, 2017; HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

A denominada reserva do possível possui um tripé, sobre o qual se funda: (I) de início, o aspecto tradicional da disponibilidade fática de recursos materiais; (II) não menos importante, a disponibilidade jurídica destes recursos materiais, vez que, por diversos aspectos, questões orçamentárias poderão impossibilitar a alocação de recursos para áreas específicas e, por último (III) a proporcionalidade da efetivação, uma vez que o desenvolvimento abrange diversos elementos em seu conteúdo e, de acordo com a doutrina utilizada neste estudo, deverá abarcar liberdade, crescimento econômico, proteção ambiental e social, pelo menos (SARLET, 2007).

Os elementos componentes da reserva do possível são circunstanciais, variando de acordo com vários fatores externos e internos à ordem jurídica. Garantir a gratuidade na taxa de matrículas para ensino superior público poderá guardar compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio⁷, o mesmo não se podendo dizer no tocante às especializações nestas mesmas universidades.

Escolhas provenientes de debates políticos também impactam na reserva do possível, em especial no tocante à proporcionalidade (critério III). O debate entre crescimento econômico e preservação do meio ambiente é um exemplo no qual é possível consensos democráticos que privilegiarão um ou outro, a depender da visão político ideológica de quem esteja no poder. Desde que não haja ofensa direta a dispositivos constitucionais e/ou infraconstitucionais, é possível um maior crescimento econômico com menor preservação ambiental ou o oposto, sem que se fale em inconstitucionalidade. As escolhas políticas ditarão se os investimentos deverão dar preferência ao setor econômico ou ambiental, atuando a proporcionalidade na escolha destas alocações.

A reserva do possível deverá encontrar limite, contudo, na essencialidade do desenvolvimento. O mínimo existencial apontado no capítulo prévio traça a baliza da qual a reserva não poderá ultrapassar; quanto mais próximo deste mínimo existencial, maior será a argumentação necessária para sua não implementação.

A reserva do possível é elemento utilizado rotineiramente na escolha de políticas públicas e apenas excepcionalmente poderá ser judicializada. Por ultrapassar os limites deste artigo, não será abordada a temática da judicialização das políticas públicas, mas deve-se ressaltar que o Poder Judiciário somente poderá intervir quando a não alocação de um recurso para uma determinada área realmente afrontar o mínimo essencial do desenvolvimento ou, pelo menos,

⁷ Cf. Súmula vinculante do STF n. 12 e o RE 597854.

alguma regra constitucional ou infraconstitucional presente. Afora isso, pela própria textura da norma principiológica do desenvolvimento e a necessidade de ser constantemente alimentada com *inputs* externos (políticos, econômicos, sociais, culturais etc.), o *locus* do debate desenvolvimentista reside nos discursos democráticos presentes no Poder Legislativo, Executivo e na própria sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento permeia os debates econômicos e jurídicos desde meados do século XX, atraindo as atenções de estudiosos de vários campos em diversos locais do mundo que o abordaram sob diferentes ângulos. No Brasil, o desenvolvimento alcançou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que o trata como um objetivo do Estado brasileiro (art. 3º, II), além de dispor sobre o tema em diversas partes de seu texto.

A menção ao desenvolvimento vem fazendo os juristas apontarem o mesmo como um direito, às vezes, de forma irrefletida. O “direito ao desenvolvimento” é repetido em livros e artigos de Direito Constitucional, Direito Ambiental, Direito Econômico e outros “direitos” sem, contudo, refletir sobre sua natureza jurídica e até mesmo sobre seu conteúdo.

O desenvolvimento, conquanto norma jurídica, não pode ser tratado como um direito subjetivo *prima facie*. Isso porque não dispõe de um conteúdo definido/fechado. Ao contrário, trata-se de uma norma de textura aberta que requer sua complementação por elementos extra jurídicos (culturais, econômicos, ambientais, políticos) que são variáveis em relação ao momento em que é debatido, de acordo com os interlocutores com quem se debate, com as possibilidades econômicas, dentre outros.

Em segundo lugar – e como decorrência do que se apontou no parágrafo anterior – o desenvolvimento não pode ser cobrado judicialmente diretamente pelo cidadão que se acha prejudicado ou na iminência de ser prejudicado pela não efetivação do desenvolvimento. Não se trata, portanto, de um direito subjetivo, sendo uma norma incompleta – possui um antecedente, mas não um conseqüente – impossibilitando, assim, uma intervenção coercitiva do Estado para sua concretização.

Consoante visto ao longo do trabalho, a caracterização do desenvolvimento como princípio não o faz isento de conteúdo jurídico; ao contrário, o conteúdo do desenvolvimento – que demanda necessariamente elementos extrajurídicos – requer sua internalização por meio do procedimento próprio do Direito, transformando-o em regras.

Independentemente de critérios externos ao campo do Direito, a interpretação do ordenamento jurídico (em especial o ordenamento constitucional) traz alguns elementos mínimos que compõem o desenvolvimento. Estes elementos mínimos, como assistência social, educação básica, configuram o mínimo existencial que deve ser garantido pelo Estado.

Estes elementos mínimos, por seu turno, devem ser garantidos progressivamente em função do próprio conceito dinâmico de desenvolvimento. A sua progressão pode esbarrar em fatores jurídicos ou não jurídicos que podem ser resumidos como a reserva do possível. Esta limitação da efetivação do desenvolvimento é composta de um tripé: (1) efetiva disponibilidade de recursos materiais; (2) disponibilidade jurídica destes recursos materiais e (3) proporcionalidade na aplicação destes recursos. A reserva do possível é circunstancial, em especial de acordo com critérios econômicos e políticos, mas não pode servir como um limitador absoluto do desenvolvimento.

Ao contrário, quanto mais próximo do mínimo essencial do desenvolvimento, mais forte deverão ser as razões para sua não efetivação. Estas razões para progressão ou não progressão do desenvolvimento são tratadas em um contexto democrático, em especial no Poder Legislativo e no Poder Executivo, além da própria sociedade civil, devendo o Poder Judiciário evitar imiscuir-se nas escolhas públicas, salvo quando afrontada alguma norma jurídica constitucional ou infraconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BLYTH, Mark. **Austeridade**: a história de uma ideia perigosa. Tradução de Freitas e Silva. Prefácio de Laura Carvalho. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 set. 2021.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. O Direito ao Desenvolvimento e a Implementação dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 35, p. 299-330, abr. 2014. Disponível em: <https://web.direito.ufmg.br/revista>. Acesso em: 15 out. 2020.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 14, n. 16, 2015. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/160>. Acesso em: 15 set. 2021.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento includente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de Direito, a proibição do retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 17, p. 111-132, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 1, p. 171-213, 2007.

SÁTIRO, Guadalupe Souza; MARQUES, Verônica Teixeira; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O reconhecimento jurídico do direito ao desenvolvimento como um direito humano e sua proteção internacional e constitucional. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 170-189, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/download/307/289/>. Acesso em: 15 set. 2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi, 2003, v. 2.