



A MAXIMIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ECONÔMICOS E SOCIAIS PELA VIA ADMINISTRATIVA E A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO

THE MAXIMIZATION OF FUNDAMENTAL ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS
THROUGH PUBLIC ADMINISTRATION AND THE PROMOTION OF DEVELOPMENT

Daniel Wunder Hachem

Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná. Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro fundador e Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro do NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Editor Acadêmico da A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Advogado.

Resumo

Analisando as tendências contemporâneas do Direito Público brasileiro em termos de direitos fundamentais econômicos e sociais, o presente artigo busca refutar a concepção segundo a qual o papel do Estado resume-se a assegurar somente condições mínimas de existência digna ao cidadão, necessárias ao exercício das liberdades, bem como a ideia de que o Poder Judiciário, mediante a concessão de prestações individuais, é a via mais adequada para a efetivação desses direitos. A partir de uma leitura da Constituição de 1988, propõe-se que a promoção do desenvolvimento, um dos objetivos fundamentais da República, reclama a postura interventiva de uma Administração Pública inclusiva, por meio de ações universalizadas, que não se restrinjam à garantia do mínimo existencial. Defende-se que ao Estado não incumbe uma função subsidiária nessa seara, limitada a proporcionar uma igualdade de oportunidades entre os indivíduos como ponto de partida; pelo contrário, a ele compete a implementação de políticas públicas de modo planejado, com vistas à redução das desigualdades entre as posições sociais existentes na realidade brasileira.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais; Administração Pública; Desenvolvimento.

Abstract

Analyzing contemporary tendencies of Brazilian Public Law in terms of fundamental economic and social rights, this article seeks to refute the conception according to which the State's role is limited to ensure to citizen only minimum conditions of decent existence, required to exercise the liberties, as well as the idea that the judiciary, by providing individual benefits, is the most appropriate path for the realization of these rights. From a reading of the 1988 Constitution, it is proposed that the promotion of development, one of the fundamental objectives of the Republic, demands an interventionist posture of an inclusive Public Administration, through universalized actions, which are not restricted to the guarantee of the existential minimum. It is argued that the State function in this area is not subsidiary, limited to provide an equal opportunity for individuals as a starting point, but rather it is the duty of implementation of public policies in a planned way, aiming to reduce inequalities between the social positions that exist in Brazilian reality.

Keywords: Fundamental Economic and Social Rights; Public Administration; Development.

1. TENDÊNCIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: ENTRE INTERVENÇÃO ESTATAL E SUBSIDIARIEDADE

Não é novidade afirmar que os contornos do Direito Administrativo estão intrinsecamente ligados ao modelo de Estado no qual cada sistema normativo se encontra inserido, de modo que as tendências dos ordenamentos jurídico-administrativos costumam acompanhar as feições assumidas pelos Estados nos quais são forjados. Tampouco é inovadora a constatação de que nos últimos séculos os Estados experimentaram significativas transmutações, notadamente no que tange aos limites de sua intervenção na autonomia do indivíduo e nas relações interprivadas. Por consequência, não será uma grande descoberta concluir que o Direito Administrativo tem passado por constantes mudanças, em um contínuo processo de transformações, marcado por idas e vindas, a depender da organização política que estiver sob exame.

O que releva investigar, no entanto, são as repercussões que essas mudanças na configuração política dos Estados produzem sobre os seus respectivos sistemas de Direito Administrativo. Ainda que se possa, contemporaneamente, identificar traços comuns de caráter geral entre os distintos ordenamentos, a ponto de se cogitar da formação de um "Direito Administrativo Global",¹ não há dúvidas de que cada realidade concreta merece análise pormenorizada, por revestir-se de peculiaridades que a

¹ Sobre o tema, ver: MEILÁN GIL, José Luis. *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*. Sevilla: Global Law Press/Editorial Derecho Global, 2011; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho administrativo global: un derecho principal. *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 76, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, p. 15-68, ene./abr. 2010; e KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B.; KRISCH, Nico. El surgimiento del Derecho Administrativo Global. In: AAVV. *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2009. p. 21-82.

caracterizam e a distinguem das demais. O Direito Administrativo brasileiro não escapa à regra.

A tratativa do tema das novas tendências desse ramo jurídico, portanto, reclama no presente caso a especial atenção no tocante à experiência nacional, que nas últimas décadas enfrentou acirrados confrontos político-ideológicos conducentes à reforma do Estado, com expressivas alterações na Administração Pública, impactando diretamente no delineamento do regime jurídico dos seus institutos. Apenas para mencionar um exemplo emblemático, as mudanças deflagradas pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998 e impulsionadas pela promulgação de uma série de leis que a sucederam, decorrentes de uma tendência globalizada de enxugamento das atribuições do Estado apelidada de “neoliberalismo”, produziu efeitos diretos sobre a conformação jurídica de inúmeros institutos do Direito Administrativo brasileiro. É o caso dos temas do serviço público, dos servidores públicos, da organização administrativa, da gestão fiscal, entre outros.²

Essa proposta de transformação do Estado brasileiro, levada a efeito no final da década de 1990, propunha a adoção de uma Administração Pública gerencial, associada a uma redução das funções estatais, relegando-se à iniciativa privada a incumbência de desenvolver atividades de cunho social. O modelo conferia ao Poder Público uma posição subsidiária quanto à realização de atividades de bem-estar.³ Sem deixar de reconhecer as mazelas existentes nas organizações políticas subdesenvolvidas, esse arquétipo estatal sugeria como solução a conscientização da sociedade civil a respeito de seus próprios problemas, cabendo-lhe organizar-se para assumir o protagonismo na resolução das dificuldades sociais, sem uma postura paternalista do Estado. A este incumbiria apenas proporcionar o mínimo necessário para possibilitar o exercício das liberdades, a partir do quê os cidadãos deveriam utilizar suas capacidades individuais para alcançar seus objetivos.

Tal proposição produziu reflexos diretos no Direito Administrativo, caminhando para uma fuga do regime de Direito Público, por meio de novas figuras introduzidas pela legislação em matéria de contratação, organização administrativa e serviços públicos,⁴

² Os impactos da reforma do Estado empreendida no Brasil no final da década de 1990 sobre a Administração Pública são analisados por NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

³ Consoante explica Irene Nohara, o neoliberalismo “provocou uma reformulação do papel do Estado, a partir do princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Estado só deve interferir onde houver incapacidade de o mercado resolver por si só o atendimento do interesse público. Segundo essa noção, o Estado volta a se ocupar com os serviços públicos essenciais e indelegáveis e os demais, sejam eles sociais ou econômicos (industriais, comerciais ou financeiros), passam a ser exercidos em caráter supletivo da iniciativa privada, ou seja, quando ela se mostrar deficiente”. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 35.

⁴ É o caso, apenas para citar algumas, das figuras do contrato de gestão, das agências reguladoras, das “organizações sociais”, das “organizações da sociedade civil de interesse público” e das “parcerias público-privadas”. Para uma crítica à inclusão desses institutos no Direito Administrativo por decorrência do neoliberalismo, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O neocolonialismo e o Direito Administrativo brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, nº 17, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, p. 1-13, jan/mar. 2009.

todas relacionadas com uma concepção subsidiária do Estado, acompanhadas de um forte fenômeno de privatização. Tratava-se de uma nítida tendência, proclamada por parte da doutrina e sensivelmente acolhida pelo sistema normativo, à qual se poderia denominar de *Direito Administrativo neoliberal*.

Contra essa perspectiva, insurgiu-se outra parcela dos publicistas brasileiros, como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo o autor, para os Estados subdesenvolvidos “os ventos neoliberais, soprados de países cujos estágios de desenvolvimento são muito superiores, não oferecem as soluções acaso prestantes nestes últimos”. Sustenta, em contrapartida, que “nos países que ainda não alcançaram o estágio político cultural requerido para uma prática real da democracia, o Estado tem de ser muito mais que um árbitro de conflitos de interesses individuais”.⁵ Tal entendimento parte dos próprios postulados incorporados pela Constituição de 1988, que institui um modelo de bem-estar atribuindo expressamente ao Estado, em diversas áreas, o dever de atuação direta em prol da realização de direitos fundamentais econômicos e sociais, tais como educação, moradia, alimentação, saúde, assistência e previdência social. Não competiria ao Poder Público, portanto, apenas a garantia de um auxílio social mínimo, capaz de propiciar a fruição das liberdades individuais. Essa concepção reflete uma tendência diversa, pautada na promoção da igualdade material pelo Estado e na ideia de redistribuição por meio da intervenção, à qual se poderia chamar de *Direito Administrativo social*.

Diante do embate de tendências propagadas no Brasil a partir de meados da década de 1990, cumpre pontuar desde logo que este estudo parte do pressuposto, defendido originalmente por Emerson Gabardo, de que inexiste no Direito Público brasileiro um princípio jurídico que determine a atuação subsidiária do Estado⁶. Pelo contrário: a ele compete não apenas o dever de afastar os obstáculos para o alcance dos objetivos fundamentais da República, mas também a incumbência de criar condições reais e efetivas para a sua consecução. E dessa intelecção, que sugere uma postura estatal intervencionista, é possível deduzir uma série de tendências atuais do Direito Administrativo pátrio, entre as quais se encontra aquela que se pretende investigar neste estudo: o delineamento de uma Administração Pública inclusiva, voltada à inserção social dos cidadãos e à redução das injustiças e desigualdades existentes na sociedade brasileira.

Dentro do tema da inclusão social promovida pela Administração Pública, o foco que aqui se objetiva examinar diz respeito aos limites e à extensão dos deveres de atuação administrativa em matéria de implementação de direitos fundamentais econômicos e sociais.⁷ A temática é vasta e suscita diversas questões polêmicas. Em

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista de Direito Administrativo*, nº 212, Rio de Janeiro, Renovar, p. 57-70, abr./jun. 1998. p. 61.

⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, especialmente p. 203-250.

⁷ Destaque-se, desde logo, que neste texto as expressões “direitos sociais”, “direitos econômicos e sociais” e “direitos fundamentais sociais” serão utilizadas indistintamente, para designar os direitos fundamentais que têm por objeto a tutela de bens econômicos, sociais e culturais imprescindíveis para assegurar uma vida digna, que o indivíduo poderia obter também dos particulares, caso ostentasse condições financeiras para adquiri-los e os encontrasse disponíveis no mercado. Sobre a caracterização de tais direitos a partir do conteúdo mencionado, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 443; NOVAIS,

razão dos limites de espaço deste artigo, opta-se por se debruçar apenas sobre uma das muitas controvérsias a propósito do assunto. Tendo em vista a ordem jurídico-constitucional vigente, busca-se verificar se: (i) à Administração Pública brasileira incumbe somente assegurar ao cidadão condições mínimas de existência digna, que lhe permitam exercer de forma efetiva suas liberdades, restringindo-se o seu dever de atuação a proporcionar a todos uma igualdade de oportunidades como ponto de partida; ou se, diversamente: (ii) sobre ela recai a obrigação de empreender ações positivas que satisfaçam os direitos fundamentais sociais para além do mínimo existencial, como forma de reduzir as desigualdades existentes entre as diversas posições sociais.

A tentativa de responder a questão proposta será feita em dois passos. Primeiramente, será analisada a polêmica sob o prisma da dogmática do Direito Público brasileiro, verificando as delimitações entre as competências de atuação da Administração Pública e do Poder Judiciário, bem como o conceito, as potencialidades e a utilidade jurídica da noção de “mínimo existencial” para o deslinde do tema. Em seguida, pretende-se buscar fundamentos sociopolíticos, à luz da concepção de justiça social albergada pela Constituição Federal de 1988, para justificar o dever de atuação administrativa para além do mínimo existencial, com supedâneo nas ideias de igualdade e desenvolvimento.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INCLUSIVA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ECONÔMICOS E SOCIAIS: ALTERAÇÕES DOGMÁTICAS DO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO

A Constituição de 1988 representou verdadeiro marco no Direito brasileiro, operando inúmeras mudanças e inaugurando tendências inovadoras nos mais variados ramos jurídicos. Diante da mudança de um cenário autoritário, construído sob a égide da ditadura militar, para um quadro marcadamente democrático instaurado pela nova ordem constitucional,⁸ os estudiosos do Direito Público pátrio, impulsionados pelo movimento da *dogmática constitucional emancipatória*,⁹ depararam-se com a

Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 41.

⁸ Sobre o processo de construção de uma ordem constitucional democrática no Brasil mediante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte que elaborou a Constituição de 1988, ver: SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo desenho (quase) lógico - vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

⁹ A *dogmática constitucional emancipatória* consiste, nas palavras de Clèmerson Merlin Clève, em uma renovada linha doutrinária que tem por objetivo “estudar o texto constitucional à luz da ideia de dignidade da pessoa humana” e “demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 96. Exemplo nítido dessa importante posição, desenvolvida na década de 90 no Brasil, pode ser encontrada na seguinte passagem do mesmo autor, muito conhecida e multicitada pela doutrina comprometida com

necessidade de desenvolver teorias e categorias dogmáticas dedutíveis da nova ordem jurídica que fossem capazes de emprestar efetividade à Constituição então promulgada. Acresça-se a isso o fato de que o novo texto constitucional foi generoso na tratativa dos direitos fundamentais, conferindo aos cidadãos brasileiros a titularidade de uma série de posições jurídicas até então não garantidas pelo sistema jurídico pátrio.

A contradição entre a vasta previsão normativa de direitos fundamentais e o baixo grau de efetivação prática das disposições que os veiculam chamou, como seria natural, a atenção dos juristas, notadamente no campo dos direitos econômicos e sociais enunciados no artigo 6º da Lei Fundamental, tais como educação, saúde, assistência aos desamparados, previdência social, entre outros. A questão tornou-se ainda mais complexa diante da disposição inscrita no §1º do artigo 5º da Constituição Federal, segundo a qual “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

De um lado, não restaram dúvidas quanto ao fato de que a Lei Fundamental adotou o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, por atribuir expressamente ao cidadão uma série de posições jurídico-subjetivas de caráter social, e ao Estado uma vasta gama de deveres da mesma natureza dispostos ao longo do texto constitucional, em especial no Título VIII (“Da ordem social”), delineando o perfil de uma *Administração Pública inclusiva*. De outro, a Constituição passou a ensejar debates doutrinários e jurisprudenciais quanto ao papel institucional e os limites do Poder Executivo e do Poder Judiciário em matéria de direitos fundamentais econômicos e sociais. É dizer: instalaram-se controvérsias a respeito do quanto o cidadão pode exigir diretamente da Administração Pública para ver satisfeitas suas pretensões ligadas a esses direitos, e até onde pode interferir o Poder Judiciário nas escolhas do Poder Executivo para efetivá-los, nos casos em que a atuação deste tiver sido insuficiente.

O objetivo deste tópico é analisar brevemente as tendências verificadas no Direito Público brasileiro a respeito da temática, apontando algumas das alterações dogmáticas produzidas no campo da doutrina e da jurisprudência após a promulgação da atual Constituição.

2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO ENTRECruzAMENTO DAS TENDÊNCIAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL E DO DIREITO ADMINISTRATIVO: ENTRE A INSUFICIENTE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA E A INTERVENÇÃO JUDICIAL EXCESSIVA

a efetividade constitucional, extraída de um dos mais representativos textos desse movimento: “Não basta o discurso-denúncia. Não basta o discurso antropologicamente simpático ou amigo (amigo das classes populares, amigo dos pobres, amigo do humanismo, amigo das esquerdas etc.), como diz Canotilho. Mais do que isso, importa hoje, para o jurista participante, sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais. Este é o grande desafio contemporâneo. Cabe invadir um espaço tomado pelas forças conservadoras, lutando ombro a ombro, no território onde elas imperam, exatamente para, com a construção de uma nova dogmática, alijá-las de suas posições confortavelmente desfrutadas”. CLÈVE, Clémerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: Carlos Henrique de Carvalho Filho (Org.). *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. O editor dos juristas. São Paulo: RT, 1995, p. 37-38.

Uma vez tracejado o perfil da Administração Pública brasileira pelo constituinte, conferindo-lhe uma roupagem expressivamente voltada à promoção da inclusão social, tornou-se necessário averiguar o grau de exigibilidade dos direitos fundamentais econômicos e sociais admitido pelo ordenamento jurídico. E a questão ganha relevo nos casos de inação administrativa: negando-se a Administração, deliberadamente, a conceder determinadas prestações vinculadas a tais direitos, ou omitindo-se em responder o pleito formulado pelo cidadão, até que ponto pode intervir o Poder Judiciário?

Analisando três períodos distintos – (a) anterior à Constituição de 1988; (b) imediatamente posterior à sua promulgação até meados da primeira década de 2000; (c) em torno de 2005 aos dias atuais - é possível identificar, *grosso modo*, tendências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo que se entrecruzam, em matéria de direitos fundamentais sociais.

(a) A roupagem do Direito Constitucional brasileiro anterior à Constituição de 1988 ainda ligava-se a uma perspectiva autoritária, que não reconhecia efetivamente a plenitude de sua força normativa. Salvo exceções, cuidava-se de posição dominante na doutrina e na jurisprudência,¹⁰ que negava às disposições constitucionais o caráter normativo, considerando-as “lembretes, recados para o legislador”.¹¹ Os direitos fundamentais, por seu turno, eram encarados como meras declarações que demandavam legislação integrativa para produzir força normativa.¹²

No campo do Direito Administrativo, o apego à superioridade da lei formal como limite e fundamento do agir da Administração Pública, numa óptica restritiva do princípio da legalidade, corroborava com a lógica do Direito Constitucional de então, rejeitando a atuação administrativa *praeter legem*, ainda que fundada diretamente no texto constitucional. Sem a previsão expressa de lei formal, não se admitia a atuação da Administração, ainda que para concretizar comandos constitucionais veiculadores de direitos fundamentais.¹³

¹⁰ Observe-se que tal concepção continuou propagando-se na jurisprudência mesmo após o advento da Constituição vigente. Nesse sentido, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 1996, que reputa as disposições constitucionais referentes ao direito à saúde como “normas constitucionais meramente programáticas”: “Normas constitucionais meramente programáticas - *ad exemplum*, o direito à saúde - protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação - pela via do *mandamus* - eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o *munus* de completá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não tem força suficiente para desenvolver-se integralmente, 'ou não dispõem de eficácia plena', posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe 'todos tem direito e o estado o dever' - dever de saúde - como afixam os constitucionalistas, 'na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em *vinculum juris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 6.564/RS, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 23.05.1996, DJ 17.06.1996).

¹¹ A crítica a essa posição é feita por BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152.

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 22.¹⁰

Mirando sob essa perspectiva, com foco para a questão da efetivação dos direitos fundamentais sociais, as características mais marcantes das tendências desses dois ramos centrais do Direito Público permitem - com o perdão do reducionismo do rótulo - a referência a um *Direito Constitucional formalista* e a um *Direito Administrativo legalista*. Para o primeiro, importava mais o respeito à forma do que os efeitos do conteúdo das disposições constitucionais, ao passo que para o segundo a lei ostentava maior relevância do que a Constituição.

Em termos de direitos fundamentais sociais, a *primeira tendência*, própria desse período, não podia ser diferente: suas previsões no texto constitucional não poderiam ser demandadas perante o Poder Judiciário. A concepção *formalista* do Direito Constitucional e *legalista* do Direito Administrativo alinhava-se a uma compreensão estrita do princípio da separação de poderes, ainda tributária da Revolução Francesa. Mantinha-se, assim, uma postura receosa quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais pela jurisdição, pois no momento em que o juiz condenasse o administrador a agir de determinada forma, estaria adentrando na esfera de atuação do Poder Executivo, afrontando o princípio da separação dos poderes.¹⁴ Questionava-se a legitimidade democrática do Poder Judiciário para concretizar as normas de caráter mais abstrato¹⁵, pois ainda se entendia que essa função - a de fazer as escolhas políticas e morais da sociedade - cabia aos representantes eleitos pelo povo.¹⁶ Tal linha de raciocínio gerou o problema da inefetividade dos direitos fundamentais sociais.

(b) A Lei Fundamental de 1988, no entanto, operou verdadeira revolução no

¹³ Refutando tal posição, Thiago Marrara aceita a possibilidade de atuação da Administração Pública com apoio direto na Constituição, nos casos não cobertos pela lei, desde que observados os seguintes requisitos: "(1) que a existência de regra explícita não seja considerada necessária pelo legislador (principalmente porque a ação não gera prejuízos aos direitos fundamentais do administrado e nem a interesses públicos primários) e (2) que a ação se justifique em princípios da Administração Pública e objetivos estatais reconhecidos na Constituição." MARRARA, Thiago. As fontes do Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coords). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 233.

¹⁴ O tema foi trabalhado de forma mais detida em HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 121-129.

¹⁵ "De maneira geral, quando o poder judiciário assume um papel politicamente mais ativo e particularmente quando faz valer seu poder de controle constitucional, isto é, quando se produz o que se costuma chamar de 'ativismo judiciário', é ele questionado e o argumento usualmente esgrimido é a sua origem 'não democrática'". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 41.

¹⁶ Fazendo alusão a esse pensamento, explica Robert Alexy: "*Ahora bien, si el derecho carece de pautas suficientes, entonces la decisión acerca del contenido de los derechos sociales fundamentales es un asunto de la política. Sin embargo, esto significa que, de acuerdo con los principios de la división de poderes y de la democracia, la decisión sobre el contenido de los derechos sociales fundamentales no cae dentro de la competencia de los tribunales de justicia sino dentro de la competencia del «legislador directamente legitimado por el pueblo».* Por lo tanto, los tribunales pueden decidir preguntas que se enmarcan dentro del ámbito de los derechos sociales fundamentales sólo si el legislador ya ha adoptado sus decisiones". ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.p. 450.

Direito Público nacional.¹⁷ Afinado com as transformações experimentadas pelo Direito Constitucional na Europa continental a partir da segunda metade do século XX, em um fenômeno denominado por alguns de “neoconstitucionalismo”¹⁸, o constitucionalismo brasileiro também muda de feição.¹⁹ Da superioridade da lei formal passa-se à supremacia da Constituição, que se converte em parâmetro de validade do conteúdo material de todas as demais normas, por condensar os valores sociais mais importantes, correspondentes aos princípios de justiça compartilhados pela sociedade, de observância obrigatória não só ao legislador, mas também ao juiz e à Administração.²⁰ Forma-se então um novo paradigma, calcado na valorização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que dela emanam.²¹ É possível se falar, a partir daí, de um *Direito Constitucional da efetividade*,²² cuja preocupação maior residia em reconhecer a eficácia jurídica e assegurar a eficácia social das disposições constitucionais.

Quanto ao Direito Administrativo, a nova ordem constitucional também fez espargir significativas alterações. Aos poucos se abandona a concepção reducionista do Direito herdada do positivismo jurídico, reconhecendo-se como parte integrante do ordenamento jurídico não só a lei formal, mas também os princípios constitucionais expressos e implícitos e os direitos humanos dos tratados internacionais. Amplia-se assim o conjunto de deveres jurídicos aos quais a Administração deve obediência. De uma legalidade estrita se passa a uma legalidade ampla. Diz-se, a partir daí, que a Administração encontra-se subordinada ao princípio da juridicidade.²³ Significa que, embora respeitados os trâmites formais exigidos pela lei para a prática do ato, desenvolvimento do procedimento ou celebração do contrato administrativo, sua validade pode ainda ser questionada por ofensa, *v.g.*, aos princípios da moralidade,

¹⁷ Acerca do tema, ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Marco constitucional do Direito Administrativo no Brasil. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, nº 7, San José, p. 35-46, 2007.

¹⁸ A questão é tratada sob diferentes vieses em: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Interesse Público*, nº 11, Porto Alegre, Notadez, p. 42-73, jul./ago. 2001.

²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999. p. 93.

²¹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. En torno al neoconstitucionalismo. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 33-72, abr./jun. 2010. p. 38.

²² BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: _____. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da juridicidade da Administração Pública. In: _____. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 69-143; KLOSS, Eduardo Soto. *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*. t. II: El principio de juridicidad. Santiago: Jurídica de Chile, 1996. *passim*; OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003; GALEANO, Juan José. El principio de juridicidad. Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial. In: Julio Pablo Comadira; Miriam M. Ivanega (Coords.). *Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 23-49.

publicidade, impessoalidade, eficiência,²⁴ segurança jurídica, entre tantos outros.²⁵ Se há mais deveres jurídicos há também, por consequência, uma maior probabilidade de descumprimento. Com isso, a ideia de sujeição do Poder Público à juridicidade - e não só à legalidade estrita - exige uma ampliação significativa da possibilidade de controle judicial da atuação da Administração.

Contudo, ainda que fosse possível ressaltar outros aspectos marcantes do Direito Administrativo desse período, quanto aos direitos fundamentais econômicos e sociais a característica mais acentuada que merece ser sublinhada consiste na perspectiva *individualista* desse ramo jurídico. Se a Constituição passa a valer realmente, e as normas definidoras de direitos fundamentais sociais vinculam diretamente a Administração Pública, a resposta que passa a ser dada ao problema da inefetividade é a da ampla possibilidade de reivindicação individual, pela via judicial, das prestações estatais necessárias à satisfação de tais direitos. A uma lógica de proteção de direitos que já de mostrava diferenciada aplicam-se os pressupostos do mesmo Direito Administrativo do século XIX, lastreado em um sistema judicial subjetivista-individualista, no qual o indivíduo singular se insurge contra a Administração perante o tribunal para postular a tutela de suas liberdades. Portanto, na esfera dos direitos econômicos e sociais, ao lado do *Direito Constitucional da efetividade* se situa um *Direito Administrativo individualista*.

Um dos pontos de relevância para a temática reside no fato de que, conforme antes referido, o art. 5º, §1º da Constituição estabeleceu que as normas definidoras de direitos fundamentais desfrutam de aplicabilidade imediata. A literalidade de tal dispositivo, somada ao anseio de extrair plena eficácia das determinações constitucionais em matéria de direitos fundamentais sociais, conduziu parcela da doutrina a sustentar a possibilidade de se postular judicialmente, em face das omissões da Administração Pública, a realização plena desses direitos.²⁶ Tais ideias lograram acolhida pelos tribunais, que, abandonando uma postura conservadora, reticente em aceitar que com fulcro das disposições definidoras de direitos econômicos e sociais seria possível reclamar atuações estatais positivas,²⁷ passaram a atestar a

²⁴ Acerca do conteúdo jurídico do princípio constitucional da eficiência administrativa no Brasil, ver, por todos, GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

²⁵ A temática dos princípios do Direito Administrativo brasileiro é trabalhada amplamente na obra MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 318-319.

²⁷ Era o caso, por exemplo, de decisões como esta: “Mandado de segurança. Impetrantes portadores de insuficiência renal crônica. Fornecimento de remédio (CELLCEPT) pelo Estado. As normas programáticas estabelecidas na Constituição Federal não conferem ao cidadão o direito subjetivo de exigir do Estado o fornecimento de remédios de alto-custo, em detrimento de outros doentes, igualmente carentes. Na consecução de sua obrigação de saúde pública a administração há que atender aos interesses mais imediatos da população. Improriedade da via mandamental para atendimento do direito reclamado” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança nº 220/98, Rel. Del. Antonio Lindberg Montenegro, julgado em 17. 12.1998).

fundamentalidade desses direitos (principalmente nos casos da educação e da saúde) e encará-los como direitos subjetivos, prontamente exigíveis perante o Poder Judiciário.

Dentro dos três períodos ora apreciados e em relação ao objeto em análise, pode-se falar então em uma *segunda tendência* do Direito Público pátrio, pós-1988: a expressiva ampliação da intervenção judicial com vistas à concessão de prestações estatais positivas dirigidas à integral efetivação dos direitos fundamentais sociais. Operou-se verdadeira mudança na orientação judicial brasileira no que tange ao reconhecimento de eficácia jurídica e força normativa cogente às normas constitucionais veiculadoras desses direitos. De decisões que lhes rejeitavam a possibilidade de investir o cidadão em posições jurídico-subjetivas, capazes de serem demandadas judicialmente, passou-se a condenar a Administração – até mesmo de forma indiscriminada e não criteriosa – a conceder as pretensões postuladas perante o Judiciário, sobretudo em matéria de direito à saúde.

É o caso de julgados conhecidos do Supremo Tribunal Federal, que passaram a deferir pedidos de tratamentos de saúde de altíssimo custo, alguns deles no exterior e sem comprovação da eficácia dos seus resultados, destinados à cura de doenças raras, com lastro no art. 6º, que prevê a saúde como direito fundamental social, e no art. 196, que a define como “direito de todos e dever do Estado”.

Um dos *leading cases* da matéria foi a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello na Medida Cautelar proposta na Petição nº 1246-1. Tratava-se, no caso, de ação ajuizada contra o Estado de Santa Catarina, na qual um portador da doença rara *Distrofia Muscular de Duchene* – moléstia degenerativa de células musculares – asseverava existir tratamento em clínica estadunidense capaz de curá-lo. Supedaneado no art. 196 da Constituição, dentre outros, postulou a proteção de seu direito à saúde mediante o custeamento, pelo Poder Público, do aludido tratamento, que importaria o valor de US\$ 63 mil. A liminar foi concedida e o Estado de Santa Catarina recorreu ao Tribunal de Justiça. A questão chegou ao STF, no momento em que o Estado-membro postulou à Corte a suspensão da tutela antecipada, sob o argumento de violação aos arts. 37, 100 e 167 da Constituição, por ter havido ordem de pagamento sem base no orçamento, nem em lei que o determinasse. Através de despacho singular, o Ministro negou a suspensão pleiteada, arguindo que:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput) ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado este dilema - que as razões de índole ética-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.²⁸

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Petição nº 1246, Presidente Ministro Sepúlveda Pertence, Decisão Proferida pelo Ministro Celso de Mello, julgado em 31.01.1997, publicado em DJ 13.02.1997.

Essa passagem tornou-se paradigma para decisões proferidas posteriormente em matéria de direito à saúde, tendo sido reproduzida em diversos outros julgados.²⁹ Posição semelhante foi adotada na decisão monocrática proferida no Recurso Extraordinário nº 342.413 pela Ministra Ellen Gracie, na qual restou consignado que “obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária (...) não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida”³⁰, bem como no voto do Ministro Sydney Sanches no Recurso Extraordinário nº 198.263, no qual afirmou que “em matéria tão relevante como a saúde, descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade”.³¹

É preciso reconhecer, no entanto, que em alguma medida essa *segunda tendência* implicou a adoção de um caminho que passou “da falta de efetividade à judicialização excessiva”³², mormente na seara da saúde, resultando na proliferação de provimentos judiciais fundados mais na emoção do que na razão, que determinam ao Poder Executivo o fornecimento de prestações que extrapolam os limites da razoabilidade, seja por sua inacessibilidade no âmbito nacional, seja por sua falta de essencialidade. Tratam-se muitas vezes de decisões desmedidas e incongruentes, que acabam por colocar em xeque o prosseguimento das políticas públicas, atravancando o planejamento regular das ações administrativas voltadas à universalidade da população e prejudicando o emprego racionalizado dos recursos públicos. Ademais, a busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais unicamente pela via do Poder Judiciário pode implicar a atribuição de privilégios a alguns poucos indivíduos que têm maiores condições de acesso à jurisdição, em prejuízo dos cidadãos em geral, em especial daqueles desprovidos de informação e meios financeiros suficientes, e que seguem dependendo dos programas e projetos sociais levados a efeito pela Administração.³³

A simples referência a algumas situações concretas vivenciadas na realidade prática é suficiente para demonstrar essa afirmação. O Município de Campinas gastou em 2009 o valor de R\$2.505.762,00 com o pagamento de condenações judiciais de fornecimento de medicamentos, para atender as 86 ações propostas naquele ano,

²⁹ É o caso dos acórdãos prolatados no Recurso Extraordinário nº 267.612, no Agravo de Instrumento nº 570.445, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286, no Recurso Extraordinário nº 198.265, no Recurso Extraordinário nº 248.304, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 273.834 e no Recurso Extraordinário nº 393.175, conforme dá notícia WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 354, nota nº 19.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 342.413, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 14.10.2004, publicado em DJ 09.11.2004.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 198.263, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 12.02.2001, publicado em DJ 30.03.2001.

³² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 876.

beneficiando com isso 253 pacientes.³⁴ A totalidade de recursos municipais dispensados com medicamentos para atender aos usuários do Sistema Único de Saúde foi de R\$16.929.316,29.³⁵ Considerando o número de habitantes do Município³⁶, os dados demonstram que quase 16% do orçamento municipal reservado para cobrir os custos com medicamentos foram empregados para atender apenas 0,023% da população que ingressou com medidas judiciais.

Situação similar ocorreu no Estado de Minas Gerais em 2010. Dos R\$360.029.986,11 despendidos com fornecimento de medicamentos básicos e de alto custo pelo Estado, o valor de R\$55.052.215,84 foi destinado ao cumprimento de decisões judiciais dessa natureza, beneficiando um total de 4.762 pacientes³⁷ em um Estado com 19.595.309 habitantes.³⁸ Significa que somente 0,024% dos cidadãos do Estado, que manejaram ações judiciais para garantir o acesso a esses bens, abocanharam aproximadamente 15,3% do total orçamentário gasto com distribuição de medicamentos.

Os dados mencionados demonstram que, embora bem intencionadas, algumas das decisões judiciais dessa natureza deixam de levar em conta aspectos essenciais da satisfação universal dos direitos fundamentais sociais, que não devem ser efetivados apenas individualmente e pela via judicial, comprometendo os recursos de políticas públicas e serviços públicos para o atendimento dos poucos que tiveram condições de requerê-los perante o Judiciário.³⁹ É preciso, portanto, encarar os direitos fundamentais econômicos e sociais não apenas pelo prisma da *efetividade*, mas também pela perspectiva da *igualdade*. Nem todos têm igual acesso à via judicial. A Administração Pública, por outro lado, tem condições de implementá-los através da alocação planejada e racionalizada dos escassos recursos públicos em ações dirigidas ao atendimento universal e igualitário da população. Eventuais exageros cometidos na esfera judicial podem impedir ou prejudicar a implementação equânime desses direitos pela via administrativa.

³⁴ FINATTI, Deise Barbieri; VECHINI, Priscila Garbin. O perfil dos gastos destinados ao cumprimento de determinações judiciais no Município de Campinas. In: *XXIV Congresso de Secretários Municipais de Saúde do Estado de São Paulo*, 2010, Campinas - SP. Disponível em: <http://2009.campinas.sp.gov.br/saude/biblioteca/XXIV_Congresso_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_do_Estado_SP/Complexidadedaatencaobasica/O_Perfil_dos_gastos_Deise.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013.

³⁵ BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Intervenção judicial na saúde pública. Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais*. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

³⁶ Em 2009, a população estimada do Município de Campinas era de 1,1 milhão de habitantes. Dados extraídos do site: <<http://www.campinascentro.com.br/content/hist%C3%B3ria-de-campinas>>. Acesso em 15 jan. 2013.

³⁷ CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de. *Impacto Desalocativo no Orçamento Público Estadual em Face de Decisões Judiciais*. Concurso IV Prêmio SOF de Monografias. Belo Horizonte, 2011. p. 41-43. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SOF/sof2011/arquivos/3_Lugar_Tema_2_Sebastiao_Helvelio_Ramos_de_Castro.pdf>. Acesso em 15 jan. 2013.

³⁸ Dado extraído do site do IBGE: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=1766>>. Acesso em 15 jan. 2013.

³⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 103.

Retome-se o exemplo de Minas Gerais. Os gastos totais em saúde com o atendimento de demandas judiciais aumentou em mais de 78% de 2009 para 2010, subindo de R\$34.454.995,81 para R\$61.551.288,54.⁴⁰ Como consequência direta, no ano de 2010 houve uma significativa redução na destinação de recursos públicos para programas sociais e demais atividades do Poder Executivo na área de saúde. Entre outros, podem ser mencionados o “Fortalecimento e Melhoria de Qualidade dos Hospitais do Sistema Único de Saúde - PROHOSP”, com redução de 21,38%, o “Complexo Urgência/Emergência”, com diminuição de 10,54%, o “Complexo de Hospitais Gerais”, com decréscimo de 10,39%, e o programa “Ampliação da Cobertura populacional do Programa Saúde Família”, com subtração de 7,1% dos investimentos.⁴¹

(c) Frente a essa nova ordem de problemas, e considerando que: (i) o acesso ao Poder Judiciário no Brasil ainda é limitado à classe média e à classe alta da população⁴²; (ii) a maior parte das demandas são de cunho individual e não coletivo, o que coloca os cidadãos de baixa renda - que são justamente os que mais necessitam da tutela estatal - em uma situação desprivilegiada quanto à satisfação dos seus direitos⁴³; (iii) o planejamento de políticas públicas universais, de caráter coletivo, destinadas à concretização de ofício dos direitos de todos os cidadãos, independentemente de provocação, compete à Administração Pública; exsurge uma *terceira tendência* no campo aqui investigado, em meados da primeira década de 2000.

Parcela da doutrina passou a sustentar a restrição do espectro de legitimidade do Poder Judiciário nessa esfera aos casos em que o direito fundamental social postulado é necessário à garantia de condições mínimas de existência digna ao jurisdicionado - o chamado *mínimo existencial*.⁴⁴ Afora desse âmbito, a concretização

⁴⁰ Desse valor, como dito anteriormente, R\$55.052.215,84 (89,44% do total) foi utilizado para o pagamento de medicamentos, sendo que os outros 10,56% foram empregados para custear material médico-hospitalar, serviços médicos, odontológicos e laboratoriais, entre outros. CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de. *Op. Cit.*, p. 41-42.

⁴¹ CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de. *Idem*, p. 45.

⁴² Referindo-se àqueles que não têm acesso ao Poder Judiciário, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro observa: “Trata-se de pessoas que não têm condições sequer de ser partes - os 'não-partes' são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 58. Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, em pesquisa realizada no Estado de São Paulo no período de 1997 a 2004, que analisou todas as ações ajuizadas, em 67,7% dos casos a parte autora estava representada por advogados particulares. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*. In: _____; Daniel Sarmento (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.533-534.

⁴³ “No Brasil, assiste-se à predação da renda pública pela classe média e pelos ricos, especialmente nos casos de remédios estrangeiros, com o risco de se criar um impasse institucional entre o Judiciário e os poderes políticos, se prevalecer a retórica dos direitos individuais pelos sociais”. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 134.

⁴⁴ Nesse sentido, entre outros: TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível*. In: António Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

maximizada dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional competiria aos Poderes Legislativo e Executivo, de maneira progressiva, mediante a prestação de serviços públicos e a implementação de políticas públicas. É o posicionamento acolhido por diversas decisões judiciais.⁴⁵ Releva ressaltar, no entanto, que essa proposta oriunda do Direito Constitucional destinava-se à restrição da atuação *judicial* na matéria, e não à limitação da atividade dos Poderes Executivo e Legislativo voltada à efetivação dos direitos econômicos e sociais.

Nota-se, pois, uma alteração na dogmática do Direito Constitucional brasileiro, que com vistas à *igualdade* na implementação dos direitos econômicos e sociais passa a restringir parcialmente o campo de legitimidade da atuação judicial. E isso ocorre não mais sob o antigo argumento de que as disposições constitucionais são despidas de força normativa, mas com fundamento na ideia de que a efetivação dos direitos fundamentais não pode se circunscrever àqueles que têm acesso ao Judiciário. Outro fator que demonstra esse caminho em direção a um constitucionalismo igualitário consiste nos instrumentos veiculados pela chamada “Reforma do Judiciário” (Emenda Constitucional nº 45 de dezembro de 2004), tais como a repercussão geral no recurso extraordinário e a súmula vinculante. Entre outros objetivos, um dos principais propósitos de tais institutos era o de conferir uniformidade de tratamento aos jurisdicionados no momento de aplicação da Constituição, privilegiando com isso a isonomia.

Assim, o *Direito Constitucional da efetividade* do período antecedente cede passo a um *Direito Constitucional igualitário*,⁴⁶ embora ainda seja possível identificar, tanto na doutrina como na prática jurisprudencial, manifestações filiadas a ambas as vertentes.

Ocorre que, com lastro nessa construção teórica - de acordo com a qual a sindicabilidade judicial da dimensão prestacional dos direitos econômicos e sociais limita-se ao conteúdo do mínimo existencial - alguns autores passaram a defender que a jusfundamentalidade dos direitos sociais estaria restrita a esse mínimo.⁴⁷ Vale dizer: os direitos sociais seriam fundamentais apenas e tão-somente no que diz respeito às porções desses direitos necessárias a assegurar condições mínimas de existência digna ao indivíduo. Para além desse mínimo, os direitos econômicos e sociais não usufruiriam da condição de direitos fundamentais, não incidindo sobre eles o seu regime jurídico especial, dotado, entre outros fatores, de aplicabilidade imediata.

⁴⁵ A título de exemplo, cite-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 811.608/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.05.2007, DJ 04.06.2007, p. 314; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada no Agravo Regimental nº 175, Relator Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJe-076, divulgado em 29.04.2010, publicado em 30.04.2010.

⁴⁶ Essa perspectiva pode ser identificada no subtítulo da obra CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁴⁷ É o caso de TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, Rio de Janeiro, p. 349-374, 2003, e de MAURÍCIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 47.

O tema ganha relevância sob a óptica do Direito Administrativo pelo fato de que essa concepção minimalista a respeito da jusfundamentalidade dos direitos econômicos e sociais, que restringe a sua aplicabilidade imediata à parcela de seu conteúdo que coincide com o mínimo existencial, sugere que não apenas o Judiciário deve se limitar a conceder esse mínimo (como pretendia parcela da doutrina constitucionalista), mas também o Poder Executivo. Ou seja: o cidadão não poderia exigir da Administração a implementação de políticas públicas e a prestação de serviços públicos voltados à realização do conteúdo pleno de seus direitos fundamentais sociais, mas apenas o mínimo necessário para se viver dignamente. Salvaguardado esse ponto de partida, que permitiria uma *igualdade de oportunidades* a todos e o exercício de suas liberdades, cada indivíduo deveria lutar para conquistar melhores posições sociais, de sorte que, pelo critério do mérito, as desigualdades entre os mais ricos e os mais pobres seriam justas. O papel do Estado – e não apenas do Judiciário – se limitaria a assegurar o essencial para a garantia das liberdades.

Essa compreensão, quando trasladada do Direito Constitucional ao Direito Administrativo dessa forma, mostra-se presa à tendência do pensamento administrativista manifestada principalmente na segunda metade da década de 1990, que embora duramente criticada por parte da doutrina, logrou alterar a realidade normativa brasileira. Cuida-se da linha teórica que se poderia apelidar de *Direito Administrativo neoliberal*. Como visto, propondo um papel subsidiário ao Estado, com o repasse de grande parte de suas incumbências na área social para a iniciativa privada, essa corrente defendia o enxugamento da estrutura e do aparelhamento estatal, com a redução de suas funções. A prestação de serviços públicos e demais atividades de caráter assistencial deveria ser prioritariamente desenvolvida pela sociedade civil organizada, competindo ao Poder Público apenas a função de fomentá-las e regulá-las.

Ainda que essa tendência tenha vencido uma importante batalha, fazendo aprovar alterações de relevo no sistema normativo pátrio (tal como a aprovação da Emenda Constitucional nº 19 de 1998 e de diversas leis que seguiam a mesma racionalidade)⁴⁸, parece ter perdido a guerra. Insurgindo-se contra a tendência do *Direito Administrativo neoliberal*, contrapôs-se a corrente que se poderia denominar de *Direito Administrativo social*, atenta à necessidade de concretização do Estado Social e Democrático de Direito a partir de uma atuação estatal interventiva nos domínios econômico e social. Os programas sociais e as políticas públicas levados a cabo pelo Governo Federal a partir de 2003, marcados por uma presença estatal atuante na economia e nas relações sociais, lograram realizar significativas transformações nas estruturas socioeconômicas brasileiras, em virtude das quais cerca de 30 milhões de cidadãos passaram das classes D e E para as classes C e B.⁴⁹ Com isso, as linhas de pobreza e extrema pobreza no Brasil foram reduzidas, em uma década, em mais de 55%.⁵⁰ Acompanhando essas mudanças na esfera política, o Direito Administrativo

⁴⁸ Cabe citar, como exemplos, a Lei das Organizações Sociais (Lei nº 9.637/98), a Lei das OSCIPs (Lei nº 9.790/99) e a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04).

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 50.

⁵⁰ Conforme informações divulgadas no site: < <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/09/26/estudo-mostra-que-pobreza-no-pais-em-uma-decada-caiu-55>>. Acesso em 15 de jan. 2013.

pátrio foi também mudando de feição.

Essa corrente - aqui batizada de *Direito Administrativo social* - preocupa-se justamente em traçar os contornos de uma Administração Pública inclusiva, afastando-se do *Direito Administrativo legalista* anterior à Constituição de 1988, por priorizar a concretização dos valores constitucionais sem deixar de respeitar a lei formal (primordialmente quanto às atividades administrativas restritivas de direitos, que invariavelmente devem obedecer ao princípio da reserva legal). Aparta-se também do *Direito Administrativo individualista*, por preocupar-se não apenas com a realização dos direitos fundamentais sob o prisma individual, nos moldes liberais atrelados à concepção de direito subjetivo, mas também com a sua efetivação por meio de ações universalizadas da Administração, que alcancem a todos os cidadãos necessitados, e não apenas aos que detêm condições privilegiadas de recorrer ao Judiciário. De outra parte, ela colide com o pensamento vinculado ao *Direito Administrativo neoliberal*, que propõe a diminuição das incumbências administrativas ligadas à prestação direta de utilidades materiais imprescindíveis à satisfação das necessidades da cidadania, conferindo ao Estado um papel subsidiário.

Portanto, no terceiro período analisado, verifica-se a oposição, no Direito Administrativo pátrio, das tendências *neoliberal* e *social*. O que se busca demonstrar neste estudo é que o entendimento da primeira tendência, no que respeita aos direitos econômicos e sociais, encontra-se vinculado a uma específica concepção de justiça social - a *igualdade de oportunidades* - de uma maneira que acaba por não levar em consideração outra compreensão essencial de justiça que, ao que tudo indica, encontra-se também albergada na Constituição brasileira: a chamada *igualdade de posições*. Ele também parece chocar-se com a noção de *desenvolvimento*, erigida pelo constituinte de 1988 como um dos objetivos fundamentais da República no art. 3º, II da Lei Maior.⁵¹

Impõe-se, nessa linha, averiguar se é efetivamente possível contemporaneamente restringir a jusfundamentalidade - e, por consequência, o grau de exigibilidade - dos direitos econômicos e sociais ao mínimo existencial. O que se propõe é que, diante das ideias de igualdade e desenvolvimento agasalhadas pela Lei Fundamental de 1988, a tendência atual - de um *Direito Administrativo social* - reclama a instituição de uma *Administração Pública inclusiva*, que proporcione de ofício, mediante políticas públicas universalistas e voltadas ao alcance de todos, a realização máxima dos direitos fundamentais sociais. Com isso, serão reduzidas as desigualdades entre as posições existentes na sociedade brasileira, sem a necessidade de intervenções excessivas e desmesuradas do Poder Judiciário em benefício de alguns poucos jurisdicionados que a ele têm acesso.

2.2 O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO DE EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: PISO MÍNIMO OU TETO MÁXIMO?

⁵¹ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - garantir o desenvolvimento nacional”.

Levando em consideração o terceiro período indicado no tópico anterior, resta a indagação: de acordo com a tendência contemporânea de um *Direito Administrativo social*, o mínimo existencial, quando utilizado como critério de sindicabilidade *judicial* dos direitos econômicos e sociais, deve ser encarado como um *piso mínimo* ou como um *teto máximo*? E quanto à exigibilidade *administrativa* desses direitos, pode o mínimo existencial ser empregado como critério para limitar os deveres de atuação da Administração Pública?

Diante das restrições de espaço deste artigo, não serão avaliados diversos aspectos do direito ao mínimo existencial, pelo que se remete a outros estudos dedicado à temática.⁵² O que importa investigar, neste momento, é se ele pode ser empregado como critério de exigibilidade dos direitos fundamentais econômicos e sociais, tanto na via judicial quanto na esfera administrativa. Em outras palavras: tais direitos são fundamentais e imediatamente aplicáveis apenas na medida do necessário para assegurar o mínimo existencial, permitindo-se exigir do Estado somente as prestações imprescindíveis à garantia de condições mínimas de existência digna, ou sua jusfundamentalidade ultrapassa esse patamar mínimo, sendo possível postular ações estatais que o superem e visem a realizar os direitos econômicos e sociais em sua máxima medida?

Diante das divergências doutrinárias e imprecisões teóricas que assombram o tema, para se desenvolver um raciocínio lógico é preciso fazer alguns esclarecimentos prévios, quanto: (a) ao *conteúdo*; (b) à *forma de aplicação*; (c) à *finalidade* do mínimo existencial em termos de reivindicação de direitos sociais.

(a) Primeiramente, impende aclarar qual é o *conteúdo* que se busca imprimir ao conceito em epígrafe. A noção de mínimo existencial pode ser analisada tanto sob o prisma negativo, da defesa do indivíduo contra intervenções estatais que dele subtraíam os meios essenciais para sua sobrevivência com dignidade, quando sob a óptica positiva, relativa à necessidade de prestações do Poder Público destinadas a propiciar condições materiais de existência digna.⁵³ Sob o prisma positivo, ele corresponde ao “conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana

⁵² O tema do mínimo existencial foi apreciado com maior detalhamento em: HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁵³ Enfrentando o tema sob ambas as perspectivas, Ricardo Lobo Torres sintetiza a problemática do mínimo existencial relacionando-a com a questão da pobreza e da cobrança de tributos pelo Estado. Com a superação do Estado Patrimonial, em que a classe pobre da população estava sujeita ao pagamento de tributos, no Estado de Polícia inicia-se a previsão da imunidade do mínimo existencial, afastando do âmbito de incidência fiscal as pessoas destituídas de condições financeiras mínimas para a sua subsistência. No Estado Fiscal de Direito amplia-se a imunidade do mínimo existencial em relação aos impostos, aliada à teoria da tributação progressiva, estendendo-se também às taxas, admitindo-se prestações estatais positivas (educação, assistência médica, etc.) independentemente de contrapartida pecuniária. E no Estado Social Fiscal, correspondente à fase do Estado de Bem-Estar Social, a proteção deixa de limitar-se ao mínimo existencial, alargando-se no sentido de impor ao Estado mecanismos paternalistas de proteção dos direitos sociais. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito... Op. Cit.*, p. 3-7.

digna; existência aí considerada não apenas como experiência física - a sobrevivência e a manutenção do corpo - mas também espiritual e intelectual”, que permita a participação democrática dos cidadãos nas esferas de deliberação pública, possibilitando-lhes o livre desenvolvimento de sua personalidade.⁵⁴

A concepção de mínimo existencial em um sentido positivo tem sido utilizada pela doutrina constitucionalista brasileira para criar uma barreira contra os argumentos que negam a intervenção judicial em matéria de direitos fundamentais econômicos e sociais. Afirma-se que, se de um lado é verdade que a implementação de tais direitos reclama muitas vezes altos investimentos do Estado, dependendo da disponibilidade orçamentária de recursos públicos, por outro a dignidade da pessoa humana foi erigida como princípio fundamental da República pelo constituinte. Logo, ao menos no que diz respeito ao necessário para proporcionar uma vida *minimamente* digna, é cabível a intervenção judicial para condenar a Administração a fornecer determinadas prestações.

Embora se concorde que o conceito de mínimo existencial varia no tempo e no espaço,⁵⁵ neste estudo se rejeita a concepção segundo a qual esse direito possui um *conteúdo determinável no caso concreto*.⁵⁶ Isso porque, conquanto seja evidente que são distintas as condições mínimas para se viver dignamente na Espanha do século XVI e na Suíça contemporânea, no Brasil atual, situado historicamente, é possível deduzir da Constituição de 1988 quais as prestações consideradas imprescindíveis para uma existência minimamente digna. Segue-se, pois, a corrente doutrinária que identifica o conteúdo do mínimo existencial a partir de um *rol constitucional preferencial*, aprioristicamente fixado com base em elementos extraídos da Constituição vigente.

Acolhe-se essa posição por entender-se que aceitar um conceito completamente aberto de mínimo existencial, suscetível a variações indiscriminadas da sua especificação ao sabor do intérprete, a depender do caso concreto, prejudica a

⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 247.

⁵⁵ Tal como sustentam SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21; KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 63; LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 93; FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 860; BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 119.

⁵⁶ É a linha adotada por: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito... Op. Cit.*, p. 13; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 26-27; BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 121; FRANCISCO, José Carlos. *Op. Cit.*, p. 860; HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. Curitiba, 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. f. 261-266; LEAL, Rogério Gesta. *Op. Cit.*, p. 93.

funcionalidade operacional do instituto. A potencialidade e utilidade jurídica do reconhecimento desse direito consiste em funcionar como um obstáculo contra a negativa do Judiciário de conceder, pelo menos em padrões mínimos ligados ao núcleo essencial da dignidade humana, as pretensões vinculadas aos direitos econômicos e sociais. Não se pode, portanto, conferir ao mínimo existencial um conteúdo demasiadamente amplo, nele inserindo tudo o quanto for necessário para efetivar plenamente todos os direitos sociais, sob pena de se acabar rejeitando a possibilidade de sempre poder-se exigir judicialmente toda e qualquer prestação a ele relacionada. Uma concepção demasiadamente elástica resultaria num retrocesso justamente em relação àquilo que a formulação desse conceito pretende avançar: formar uma categoria jurídica capaz de potencializar a exigibilidade imediata da parcela dos direitos sociais essencial à garantia de uma vida minimamente digna, afastando com isso a lógica de refutação generalizada da justiciabilidade dos direitos sociais e de negação da sua jusfundamentalidade.

Parece ser necessário, portanto, extrair da sistemática constitucional de cada Estado, em um momento histórico determinado, o conjunto de elementos que se reputa essencial para assegurar uma vida minimamente digna a *todos os cidadãos*, independentemente das agruras e mazelas eventuais que possam acometer a apenas uma parcela de indivíduos.

Adota-se aqui a proposta elaborada por Ana Paula de Barcellos. A autora reúne sistematicamente as disposições constitucionais da Lei Fundamental de 1988 consistentes no mínimo existencial em quatro grupos, três de natureza material e um de caráter instrumental: a educação básica, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.⁵⁷ Sua explicação assenta-se em um raciocínio lógico. A saúde e a educação ensejam um primeiro momento da dignidade humana, garantindo condições iniciais para que o indivíduo possa desenvolver sua personalidade de forma autônoma. Ademais, a educação configura um pressuposto para a participação do cidadão no Estado e para o exercício da cidadania. A assistência aos desamparados, prestada concomitantemente com os outros dois, tem por escopo evitar a indignidade absoluta, proporcionando condições materiais essenciais ao indivíduo, tais como vestuário, alimentação e abrigo, caso ele não possa assegurá-las por si mesmo. O

⁵⁷ O importante dessa concepção é compreender em que extensão cada um desses direitos encontra-se protegido pelo mínimo existencial. Por não haver espaço para desenvolver o tema, basta indicar que a “educação básica” engloba, de acordo com o art. 21, I da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996), a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio; a “saúde básica” compreende prioritariamente as prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitam (como o atendimento no parto e no pós-natal), necessitam (como o saneamento básico e o atendimento preventivo em clínicas especializadas, como cardiológica e ginecológica), ou provavelmente irão necessitar (como o acompanhamento e controle de doenças características da terceira idade, tal qual a hipertensão); a assistência aos desamparados, por seu turno, é composta pelas pretensões que visam a impedir a indignidade em termos absolutos, compreendendo os institutos já estabelecidos pela Constituição com essa finalidade (v.g., “garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família” - art. 203, V), bem como a alimentação, o vestuário e o abrigo; e o acesso justiça reclama o fornecimento de assistência judiciária gratuita, por meio da institucionalização de Defensorias Públicas e da criação de Juizados Especiais Cíveis.

acesso à justiça, finalmente, revela-se como instrumento fundamental para proporcionar a garantia dos outros três, quando deixarem de ser observados pelo Estado.⁵⁸

Feitas essas breves considerações sobre as duas correntes acerca da delimitação do mínimo existencial - *conteúdo determinável no caso concreto* e *rol constitucional preferencial* - e manifestada a adesão à segunda pelas razões já expostas, cumpre traçar as linhas de separação entre o mínimo existencial e os direitos sociais. Como visto, aquele não se confunde integralmente com estes. O direito fundamental ao mínimo existencial é composto por porções dos direitos sociais necessárias a proporcionar ao seu titular condições materiais de existência minimamente digna. Ele é um *minus* em relação aos direitos sociais, os quais são providos de um conteúdo mais amplo, que engloba outros deveres - não só de prestação, mas também de abstenção - que ultrapassam a circunscrição do mínimo existencial. Os direitos econômicos e sociais, portanto, não têm por única e exclusiva função a satisfação do mínimo existencial.⁵⁹ Enquanto este último visa a “erradicar a pobreza e a marginalização”, aqueles, em sua dimensão máxima, têm por objetivo a “redução das desigualdades sociais e regionais” e “garantir desenvolvimento nacional” na sua dimensão humana.⁶⁰ O mínimo existencial dirige-se ao combate da miséria ou pobreza absoluta, ao passo que os direitos econômicos e sociais destinam-se à promoção da igualdade material entre os indivíduos.⁶¹

Como antes mencionado, o estabelecimento dessa diferenciação entre o conteúdo do mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais em sua integralidade tem se prestado à definição de um critério de justiciabilidade de condutas estatais positivas. Ocorre que, assim como a questão da definição de conteúdo do mínimo existencial, há também divergências em relação à utilização dessa categoria jurídica como critério de exigibilidade judicial das referidas prestações.

O ponto consensual nessa seara está na aceitação da possibilidade de se postular judicialmente condutas do Poder Público destinadas a suprir necessidades básicas e garantir condições mínimas de existência digna ao cidadão.⁶² Vale dizer: se a

⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica... Op. Cit.*, p. 302-303.

⁵⁹ PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a 'Existem direitos sociais?' de Fernando Atria. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 149; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Op. Cit.*, p. 25.

⁶⁰ Os termos entre aspas referem-se aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º, II e III da Constituição Federal.

⁶¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito... Op. Cit.*, p. 14-17.

⁶² Foi dito ponto de “consenso” e não “unanimidade” porque, da bibliografia consultada, a única posição aparentemente dissonante foi a de José Carlos Vieira de Andrade. O autor, em que pese reconheça sem qualquer reticência a existência do direito a condições mínimas de existência digna na Constituição Portuguesa, limita a sua aplicação imediata à dimensão negativa: ainda que não esteja legalmente regulamentado, esse direito pode ser invocado desde logo apenas para proibir a intervenção estatal no mínimo existencial, seja proibindo execuções (v.g., proibição da penhora para satisfação de créditos), seja vedando tributação sobre o rendimento necessário a uma vida minimamente digna. No entanto, parece não aceitar que o indivíduo possa exigir, positivamente, prestações estatais voltadas a propiciar condições materiais de existência com dignidade, enquanto não estiverem regulamentadas pela legislação. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 404.

pretensão jurídica oposta ao Poder Judiciário tratar-se da imposição de comportamentos estatais que integram o conjunto abarcado pelo mínimo existencial, o indivíduo poderá pleiteá-la.⁶³ Derrubou-se com isso, na dogmática do Direito Público brasileiro, a concepção segundo a qual todas as disposições constitucionais atinentes a direitos econômicos e sociais são normas programáticas, que não outorgariam ao cidadão um direito subjetivo sindicável judicialmente e limitar-se-iam a apontar fins a serem realizados progressivamente pelo Estado, dentro de sua esfera de discricionariedade.

As divergências, por outro lado, centralizam-se em duas polêmicas. A primeira diz respeito à sua (b) *forma de aplicação* (se definitiva, em termos absolutos, ou se relativa, sujeita à ponderação), o que deriva diretamente da identificação de sua estrutura normativa (se *princípio* ou *regra*). A segunda concerne à (c) *finalidade* do mínimo existencial como critério de justiciabilidade de prestações positivas: para alguns, ele serve para definir apenas o mínimo exigível pela via judicial, devendo-se reconhecer a sindicabilidade de direitos sociais para além do seu campo de abrangência; para outros, ele se presta a determinar o máximo que se pode postular perante o Judiciário, devendo-se negar a concessão de prestações de direitos sociais que o extrapolem.

(b) Em relação ao primeiro foco de dissenso, ligado à *forma de aplicação* e estrutura normativa do mínimo existencial, há autores que lhe imprimem a natureza de *regra* jurídica, aplicável consoante a lógica do “tudo ou nada” (corrente que se chamará de *mínimo existencial definitivo*), ao passo que outros lhe emprestam o caráter de *princípio* jurídico, entendendo que o seu comando impõe a sua realização na máxima medida possível, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes (vertente que se denominará de *mínimo existencial prima facie*).⁶⁴

⁶³ Nesse sentido: CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 106-107; TORRES, Ricardo Lobo. *O direito...* *Op. Cit.*, p. 84 e 87-89; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia... *Op. Cit.*, p. 321-322 e 350-351; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica...* *Op. Cit.*, p. 243; SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; _____ (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 578-579; LEAL, Rogério Gesta. *Op. Cit.*, p. 100 e 103; AMARAL, Gustavo. *Direitos, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 211-216; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 133; BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 130-131; MAURÍCIO JR., Alceu. *Op. Cit.*, p. 76-77; HONÓRIO, Cláudia. *Op. Cit.*, p. 58 e 61.

⁶⁴ A distinção entre *princípios* e *regras* aqui referida baseia-se na adoção do critério da *estrutura lógico-normativa*, na esteira de Ronald Dworkin e Robert Alexy, uma vez que é essa a concepção compartilhada pela vastíssima maioria dos autores analisados que enfrentam o tema do mínimo existencial. Registre-se, no entanto, que há autores que distinguem os *princípios* das *regras* com base em outros critérios (tal como o do *grau de fundamentalidade* da norma), o que conduz a conclusões distintas. Para uma análise dos diferentes sentidos que a doutrina brasileira confere aos princípios jurídicos, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1, Belo Horizonte, Del Rey, p. 607-629, jan./jun. 2003; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normoteorética. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, nº 45, Curitiba, SER/UFPR, p. 37-73, 2006; e HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 136-144.

Para o primeiro grupo, do *mínimo existencial definitivo*,⁶⁵ a aplicação do mínimo existencial impõe-se à maneira das *regras* jurídicas, nos termos propostos por Ronald Dworkin, isto é, conforme a lógica do “tudo-ou-nada”.⁶⁶ Nesse sentido, por compor a noção de dignidade da pessoa humana de um modo tão fundamental, a exigibilidade do mínimo existencial não poderia ser afastada num embate com outros argumentos jurídico-normativos. Sua aplicação deve ser feita em termos absolutos, independentemente das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Desta sorte, quando postulado perante o Judiciário, mesmo diante de outras normas jurídicas que apontem no sentido contrário à concessão da demanda pleiteada - tais como o princípio da separação de poderes, o princípio democrático, o princípio da legalidade orçamentária, e o argumento da reserva do possível - o mínimo existencial deverá prevalecer.

A corrente compreende o direito ao mínimo existencial como uma “exceção à clássica distribuição de funções em um Estado democrático”, no qual o estabelecimento de prioridades e a tomada de decisões políticas acerca da distribuição de recursos compete primariamente à função legislativa. Ele se apresenta como o “trunfo principal” capaz de fazer ceder a legitimidade democrática das escolhas políticas do legislador, em favor da legitimidade constitucional da ação jurisdicional.⁶⁷ Sua incidência dá-se pelo método da subsunção, não podendo ser objeto de ponderação, uma vez que seu conteúdo coincide com o núcleo essencial irreduzível dos direitos fundamentais, insuscetível de sopesamento.⁶⁸ Não se trata, na verdade, de efetiva blindagem contra qualquer ponderação: o que se entende é que esta já foi previamente realizada pelo constituinte - tornando-o, assim, um direito definitivo e não mais *prima facie* - ao erigir como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, de sorte que ao menos o seu núcleo essencial, exibido através do mínimo existencial, deve sempre ser tutelado.

Essa posição faz com que a categoria jurídica do mínimo existencial se torne extremamente útil e funcional como critério de justiciabilidade do conteúdo essencial dos direitos sociais. Ela estabelece uma nítida linha demarcatória da extensão da legitimidade do Poder Judiciário para a efetivação desses direitos: estando dentro do âmbito de abrangência do mínimo existencial, a pretensão jurídica deve ser concedida

⁶⁵ Composto, entre outros, por: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito... Op. Cit.*, p. 84 e 87-89; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica... Op. Cit.*, p. 243; BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 130-131; HONÓRIO, Cláudia. *Op. Cit.*, p. 58 e 61.

⁶⁶ Essa forma de aplicação das normas-regra, segundo Dworkin, funciona da seguinte maneira: se presente no mundo dos fatos a situação descrita na regra, de duas uma: ou a regra é válida, e aquilo que ela determina deve ser cumprido, ou ela é inválida, e, nesse caso, será irrelevante para a decisão. Havendo conflito entre duas regras, que descrevam a mesma situação fática e imponham ordens diversas, uma delas será inválida, de modo que o embate deverá ser resolvido pelos métodos previstos pelo próprio sistema jurídico para resolução de antinomias (*v.g.*, norma superior derroga a norma inferior, norma posterior derroga a norma anterior, norma especial derroga a norma geral). As regras possuem, portanto, apenas a *dimensão de validade*. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39.

⁶⁷ BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 130.

⁶⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito... Op. Cit.*, p. 84 e 87-89.

pelo juiz, independentemente da reserva do financeiramente possível.⁶⁹ Nessa toada, Cláudia Honório acentua a relevância do instituto para afastar as objeções utilizadas contra a efetivação dos direitos sociais, ao salientar que ele “reforça a proteção e realização dos direitos fundamentais, principalmente daqueles caracterizados pela sua dimensão prestacional, contornando obstáculos colocados à efetivação dessas normas”.⁷⁰

Os adeptos da outra corrente - do *mínimo existencial prima facie* - questionam como seria possível explicar, dentro dessa lógica, a ausência fática de recursos disponíveis nos cofres públicos para atender ao mínimo existencial de todos os cidadãos. Os defensores do *mínimo existencial definitivo* dão a resposta. Se é certo que em sociedades com baixo índice de desenvolvimento humano e econômico o atendimento ao mínimo existencial de todos os que necessitam poderia gerar uma situação de insuficiência de recursos capazes de fazer frente a todas as necessidades, tal fato não é capaz de obstar a natureza de *regra* do direito em apreço. É justamente nesses casos que se impõe uma proteção reforçada ao mínimo existencial. Se não há recursos suficientes sequer para assegurar as condições mínimas de existência digna da população de uma determinada sociedade, é porque houve eleição equivocada na ordem de prioridades de emprego dos recursos públicos, sendo, pois, fundamental conceder ao direito em referência uma proteção tal que o erija como prioridade máxima na promoção e manutenção dos meios imprescindíveis a uma existência digna, “em detrimento de outras escolhas feitas pelo legislador democrático”.⁷¹

É certo, também, que em matéria de prestações que integram o mínimo existencial, a determinação judicial pode implicar, dependendo do direito envolvido, não apenas custos financeiros como também, muitas vezes, a existência de normas organizatórias e procedimentais e de instituições públicas habilitadas a promover as ações judicialmente fixadas (v.g., escolas, no caso do direito à educação; hospitais públicos, no caso do direito à saúde). Como, então, resolver a questão? Muito embora grande parte das normas referentes a direitos sociais já estejam regulamentadas no plano infraconstitucional, a falta absoluta de aparatos institucionalizados necessários para a satisfação dos direitos ao mínimo existencial implicará a determinação de uso de serviços privados, às custas do Estado, até que ele disponha de meios materiais para tanto.⁷²

Em sentido contrário, encontram-se os autores da vertente ora batizada de *mínimo existencial prima facie*, que enquadram o direito ao mínimo existencial na categoria normativa dos *princípios* jurídicos, compartilhando, em sua maior parte, da construção de Robert Alexy sobre o tema.⁷³ Entendem que esse direito, como os demais

⁶⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito... Op. Cit.*, p. 53-54 e 105-106; BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 98 e 131; HONÓRIO, Cláudia. *Op. Cit.*, p. 58.

⁷⁰ HONÓRIO, Cláudia. *Op. Cit.*, p. 61.

⁷¹ BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 131.

⁷² BITTENCOURT NETO, Eurico. *Idem*, p. 124.

⁷³ Consoante as lições de Robert Alexy, os *princípios* são normas que impõem ordens *prima facie*, isto é, determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas presentes no caso concreto. São, por isso, *mandamentos de otimização*, caracterizados por

direitos fundamentais, decorre de norma jurídica *prima facie* (e não definitiva), que impõe a sua realização na máxima medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. É possível que surjam argumentos contrários à satisfação das prestações atinentes ao mínimo existencial pela via judicial, tal como ocorre com os direitos sociais em geral. Os princípios acima referidos - separação de poderes, democrático, reserva legal orçamentária, reserva do possível, entre outros - podem ser invocados contra a sua realização, fazendo-o ceder no jogo de ponderação.⁷⁴

Essa concepção compreende o mínimo existencial, sob o ponto de vista abstrato, como um direito *prima facie*, que pode ou não prevalecer, a depender do caso concreto. Ele só se tornaria um direito *definitivo* após a ponderação, pelo magistrado, com as demais normas envolvidas, que poderão, em uma dada situação, revestir-se de peso maior e afastá-lo. O resultado seria o indeferimento do pleito formulado pelo titular do direito. Aceitam, por conseguinte, que condições financeiras desfavoráveis possam ser arguidas para negar prestações voltadas à satisfação do mínimo existencial.⁷⁵

Tais autores situam o direito em questão na mesma seara dos demais direitos sociais: a arena da ponderação. A diferença, no entanto, estaria no fato de que, por vincular-se ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais em geral, o direito ao mínimo existencial beneficia-se de um peso reforçado quando submetido ao sopesamento com princípios contrários, notavelmente maior do que aquele desfrutado pela parcela de direitos sociais que excede esse mínimo. O ônus argumentativo para fazê-lo ceder, no caso concreto, será bem maior. Aí residiria o ponto distintivo entre o direito ao mínimo existencial e os direitos sociais em geral: aquele ostenta uma dimensão peso de maior do que estes frente a argumentos como a reserva do possível, mas todos eles estão sujeitos ao processo ponderativo.⁷⁶

Entre esses dois posicionamentos, assiste razão ao primeiro (*mínimo existencial definitivo*). Ainda que o direito ao mínimo existencial seja um direito fundamental como qualquer outro, e, se concebida a teoria dos direitos fundamentais como uma teoria dos princípios, tal qual o faz Robert Alexy, inexistem direitos absolutos,

poderem ser aplicados em diferentes graus, a depender das circunstâncias de cada situação. A colisão entre princípios, de acordo com o autor, deve ser solucionada mediante a técnica da ponderação. Se dois princípios, num determinado caso, indicarem caminhos opostos a serem seguidos, não há que se declarar a invalidade de um deles, nem incluir uma cláusula de exceção. Um irá ceder passo ao outro, conforme o peso exercido por cada um deles naquelas circunstâncias. Através da ponderação se determinará qual princípio deve possuir um peso maior na situação específica, de sorte que o conteúdo de ambos os princípios colidentes seja realizado na maior medida possível, produzindo um resultado ótimo. Daí porque os princípios serem conceituados pelo autor como *mandamentos de otimização*. Cf.: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 67-71.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...* Op. Cit., p. 321-322 e 350-351; LEAL, Rogério Gesta. Op. Cit., p. 100 e 103; SARMENTO, Daniel. A proteção judicial... Op. Cit., p. 578-579; AMARAL, Gustavo. Op. Cit., p. 211-216; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais...* Op. Cit., p. 133; MAURÍCIO JR., Alceu. Op. Cit., p. 76-77.

⁷⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria...* Op. Cit., p. 133.

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial... Op. Cit., p. 579.

isso não significa que ele esteja na mesma condição dos direitos fundamentais sociais em geral e se sujeito à ponderação.⁷⁷ Isso porque, em uma perspectiva mais atenta, ainda que se credite autonomia ao direito sob exame, o mínimo existencial já é o produto de uma ponderação operada previamente pelo constituinte, composto por um conjunto formado de parcelas de outros direitos fundamentais. Ele nasce justamente do resultado do processo ponderativo entre as diversas normas-princípio que impõem *prima facie* a realização maximizada dos direitos fundamentais sociais por elas veiculados. Diante do bloco de outros princípios, acima citados, que, também *prima facie*, restringem a realização otimizada desses direitos, opera-se um sopesamento para verificar quais fatias de cada um dos direitos fundamentais sociais em jogo sobrevivem ao teste da proporcionalidade em suas três dimensões,⁷⁸ para então chegar-se ao mínimo existencial, já como um direito definitivo.

O que ocorre, portanto, é uma verificação dos seguintes critérios: (i) *adequação*: quais medidas restritivas da potencialidade máxima dos direitos fundamentais sociais são adequadas para garantir o respeito aos princípios da separação dos poderes, democrático, reserva legal orçamentária, entre outros; (ii) *necessidade*: quais limitações são efetivamente necessárias e menos restritivas do conteúdo dos direitos fundamentais sociais para garantir o resultado adequado; (iii) *proporcionalidade em sentido estrito*: quais são as prestações inerentes aos direitos fundamentais sociais que podem, dentro de um juízo de razoabilidade, ser exigidas do Estado.⁷⁹ Tem-se, como fruto dessa prévia ponderação, após a aplicação do princípio da proporcionalidade em suas três vertentes, o direito *definitivo* ao mínimo existencial.⁸⁰ Quando se chega no âmbito judicial, já não há mais espaço para se ponderar a esse respeito.

Some-se isso o fato de que, aceitando-se a debilidade desse direito fundamental por conta dos comumente evocados princípios da separação dos poderes e da legalidade orçamentária, bem como do argumento da reserva do financeiramente possível, não haverá verdadeira proteção reforçada do núcleo essencial da dignidade humana, capaz de justificar a criação de uma categoria jurídica distinta, tal como o mínimo existencial. Asseverar simplesmente que o seu afastamento no caso concreto faz recair um ônus maior sobre a argumentação judicial significa inquiná-lo de

⁷⁷ Sobre a caracterização da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy como uma teoria dos princípios, ver: ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 63-149.

⁷⁸ Consoante Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire, é a partir da proporcionalidade “que se opera o 'sopesamento' (...) dos bens jurídicos quando se encontram em estado de contradição, oferecendo ao caso concreto solução ajustadora de coordenação e combinação dos bens em colisão”. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: Sérgio Sêrvulo da Cunha; Eros Roberto Grau (Orgs). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 239.

⁷⁹ Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade através dos critérios de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito* no caso de colisão entre direitos fundamentais, ver: ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 91-95.

⁸⁰ Para uma análise intensamente aprofundada do princípio da proporcionalidade em matéria de direitos fundamentais, ver: PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

inutilidade. Torna-se nebulosa, se acolhida tal inteligência (*mínimo existencial prima facie*), a diferença, em termos práticos, entre o mínimo existencial e a parcela de direitos fundamentais sociais que o extrapola. E mais obscura ainda se adotada a vertente - aqui já rejeitada - do *conteúdo determinável no caso concreto*, para a qual o conteúdo do mínimo existencial é totalmente aberto e variável e, ainda que calcado em indicativos e parâmetros mínimos, deve ser definido na situação concreta conforme as necessidades vitais e ocasionais do cidadão envolvido.

Caso abraçadas essas duas posições que foram aqui refutadas - de variabilidade total do mínimo existencial e de sujeição desse direito à ponderação - chega-se à seguinte conclusão: ninguém sabe, com precisão, o que é mínimo existencial, e a referência a ele, em termos de exigibilidade judicial, também não significa nada em concreto, pois cada juiz definirá as prestações por ele abarcadas, de modo distinto em cada caso, e a certificação de que o pedido do autor está incluído nesse mínimo tampouco significa coisa alguma, visto que ele poderá ser rejeitado mesmo assim. Por conseguinte, essas duas compreensões não contribuem para a resolução do problema da sindicabilidade judicial dos direitos sociais.

É preferível, pelos motivos até agora alinhavados, determinar o conteúdo do mínimo existencial *a priori*, traçando um elenco preferencial identificável a partir das prioridades fixadas no texto constitucional em um determinado momento histórico, que envolvam prestações necessárias a todos os cidadãos, e não apenas acidentalmente a alguns (*rol constitucional preferencial*), e enquadrá-lo na categoria normativa de regra, imprimindo-lhe a natureza de direito definitivo, infenso à ponderação (*mínimo existencial definitivo*).

(c) No que toca à *finalidade* do conceito mínimo existencial em matéria de exigibilidade judicial de comportamentos estatais positivos, existem também dois entendimentos, que serão aqui rotulados de *mínimo existencial como teto máximo* e de *mínimo existencial como piso mínimo*.

O primeiro deles, mais restritivo, emprega o mínimo existencial como *teto máximo*, vale dizer, como o critério que determina o ponto culminante da sindicabilidade da dimensão prestacional dos direitos fundamentais. Sendo imprescindíveis para uma existência minimamente digna, as prestações do Poder Público estarão incluídas no seu campo de abrangência, sendo prontamente postuláveis perante o Judiciário, independentemente de previsão legislativa. Porém, para além desse limite, que indicaria o ápice da exigibilidade judicial, as prestações atinentes a direitos sociais estariam sujeitas à implementação progressiva pelo legislador, dependendo das escolhas políticas determinadas pelo processo democrático de deliberação pública.⁸¹

Em que pese nem todos os adeptos dessa corrente neguem a jusfundamentalidade dos direitos sociais no que extrapola o mínimo existencial,⁸² ela está intimamente ligada com a posição capitaneada no Brasil por Ricardo Lobo Torres, de acordo com a qual os direitos sociais só são fundamentais em relação ao seu

⁸¹ São adeptos dessa posição: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito... Op. Cit.*, p. 84 e 87-89; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica... Op. Cit.*, p. 292.

⁸² Como tem-se a impressão de ser o caso de Ana Paula de Barcellos.

conteúdo essencial, necessário a garantir o mínimo existencial. Por se revestirem de jusfundamentalidade, essas parcelas dos direitos sociais desfrutariam da aplicabilidade imediata disposta no art. 5º, §1º da Constituição Federal. A justificativa seria de que a atuação judicial excedente ao mínimo existencial ameaça a democracia e a ordem financeira, além de ter como efeito nefasto a apropriação particular de recursos públicos pelas classes mais abastadas, frente à incapacidade de informação e econômica dos mais pobres de conhecer os seus direitos, saber como exercitá-los e dispor de meios para reivindicá-los pela via judicial. Haveria, pois, um prejuízo às políticas universais que atingem a população mais carente e necessitada.⁸³

O segundo posicionamento utiliza o *mínimo existencial como piso mínimo*, indicando-o como critério para definir aquilo que, sem dúvida, pode ser pleiteado perante os juízes em matéria de direitos fundamentais prestacionais sem maiores questionamentos. Isso não significa, porém, que o cidadão só possa requerer condutas positivas do Poder Público que se encontrem protegidas por esse mínimo: é possível pleitear a satisfação das parcelas dos direitos sociais que desbordam do mínimo existencial, desde que, num processo ponderativo com os demais princípios constitucionais envolvidos, sua prevalência encontre-se justificada.⁸⁴

Nessa senda, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece, expressamente, que muito embora advogue a tese de que as prestações necessárias à garantia do mínimo existencial são judicialmente exigíveis, isso não afasta a possibilidade de se reconhecer a exigibilidade judicial de outros direitos a prestações dedutíveis diretamente da Constituição, que ultrapassem esse mínimo. Pontua, no entanto, que nessa seara, que supera os limites do mínimo existencial, haverá um espaço maior para ponderação diante dos argumentos que importam objeções à satisfação dos direitos sociais.⁸⁵ Em sentido similar, sustenta Daniel Sarmento que a fronteira de intervenção do Judiciário irá depender do sopesamento realizado em cada situação, figurando em uma das balanças o direito social vindicado e, na outra, “os princípios concorrentes, como a democracia, a separação de poderes e os direitos de terceiros que seriam atingidos ou economicamente inviabilizados caso fosse universalizada a prestação demandada”.⁸⁶

Uma vez que aqui se reconhece a jusfundamentalidade integral dos direitos sociais, não a restringindo ao mínimo existencial, não parece ser possível acolher a tese do *mínimo existencial como teto máximo*. Ele deve ser considerado um *piso mínimo*, sendo aceitável a demanda judicial de parcelas de direitos fundamentais sociais que o extrapolem, desde que observada uma importantíssima ressalva: deve ser possível deduzir diretamente do texto constitucional os contornos das prestações que se pretende postular. Não se defende, por conseguinte, que qualquer pretensão

⁸³ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito... Op. Cit.*, p. 121-135.

⁸⁴ É o caso dos seguintes autores: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais... Op. Cit.*, p. 106-107; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia... Op. Cit.*, p. 350; SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial... Op. Cit.*, p. 579; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria... Op. Cit.*, p. 133; BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 144.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia... Op. Cit.*, p. 350.

⁸⁶ SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial... Op. Cit.*, p. 579

vinculada a um direito fundamental social possa ser satisfeita pelo juiz, como se lhe competisse ponderar caso a caso acerca da razoabilidade do pedido. O critério proposto para as parcelas de direitos fundamentais sociais que não estão incluídas no mínimo existencial é: se - e somente se - já houver normatização da Constituição a respeito, ainda que ultrapasse os limites do mínimo, essa prestação do direito fundamental social poderá ser requerida em face do juiz por gozar de aplicabilidade imediata, nota característica do regime jurídico dos direitos fundamentais.

Como consequência, tratando-se de prestações estatais positivas em matéria de direitos fundamentais sociais, ainda que inexistente lei regulamentadora, poderá ser postulado judicialmente o conteúdo especificado pelo texto constitucional, mesmo que desborde do mínimo existencial, e sem a necessidade de impetração de mandado de injunção. Ainda que carentes de regulamentação legislativa, os direitos fundamentais sociais desfrutam de um conteúdo pré-estabelecido pelo constituinte. E como a posição aqui adotada credita jusfundamentalidade aos direitos sociais para além do mínimo existencial, impõe-se a aceitação de justiciabilidade desses direitos não limitada ao conjunto de prestações que o compõem.

Essa compreensão do conteúdo jusfundamental dos direitos sociais - dotado de aplicação imediata - para além do mínimo existencial não é tarefa difícil em Constituições como a brasileira, generosa em disposições regulamentadoras desses direitos. Ela adianta “na maior parte dos casos, normas organizatórias, deveres e posições ativas que decorrem das disposições jusfundamentais”.⁸⁷ No contexto pátrio atual, a Constituição encontra-se recheada de disposições normativas que disciplinam o conteúdo dos direitos fundamentais sociais. Conquanto os enuncie abstratamente no art. 6º - “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” - a Lei Fundamental de 1988 retoma a regulação jurídica dos direitos sociais no seu Título VIII - “Da Ordem Social”.

A saúde é tratada pelos arts. 196 a 200, e ganhou maior detalhamento com a Emenda Constitucional nº 29/2000, que incluiu parágrafos e incisos no art. 198, vinculando receitas da União, dos Estados e dos Municípios para ações e serviços públicos de saúde.⁸⁸ A educação é regulamentada pormenorizadamente nos arts. 205 a 214, contendo inclusive a concessão, já mencionada, de gratuidade do acesso à educação básica, que envolve a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, reconhecendo-a como direito público subjetivo do cidadão. Também há a previsão de vinculação de receitas públicas para atividades voltadas à educação, inserida pela Emenda Constitucional nº 14/1996.

A especificação constitucional de conteúdos ocorre, igualmente, com os direitos à previdência social - arts. 201 e 202 e seus diversos parágrafos, que

⁸⁷ BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 146.

⁸⁸ Sobre a disciplina constitucional e infraconstitucional do regime jurídico do direito fundamental à saúde, ver, por todos: PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Curitiba, 2013. 270f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

estabelecem, inclusive, os critérios para a garantia da aposentadoria no regime geral da previdência - e à assistência social (arts. 203 e 204, reconhecendo-se expressamente no inciso V do primeiro a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família).

Todas essas delimitações dos contornos dos direitos fundamentais sociais operadas diretamente pela Constituição podem ser reclamadas em juízo, ainda que não regulamentadas por lei e por mais que ultrapassem as prestações necessárias para garantir uma existência minimamente digna. É desnecessário, nesses casos, o mandado de injunção,⁸⁹ porque se tratam de decisões políticas fundamentais empreendidas pelo constituinte, que sequer estão na esfera de disponibilidade do legislador ordinário. Logo, são também prontamente exigíveis.

A dimensão prestacional dos direitos fundamentais não disciplinados pela legislação só será plenamente justiciável pelos meios processuais comuns se for possível extrair diretamente da Constituição os traços que compõem o seu conteúdo, permitindo a identificação precisa das prestações específicas que ensejam direitos subjetivos a prestações materiais. Exemplifique-se com o direito dos idosos maiores de 65 anos à gratuidade do transporte coletivo urbano, situado fora do catálogo de direitos fundamentais (art. 230, §2º, CF), mas a ele reconduzível por meio da cláusula de abertura material do art. 5º, §2º da CF. Embora não se considere, aqui, que essa pretensão jurídica esteja incluída no mínimo existencial,⁹⁰ julga-se possível reclamá-la jurisdicionalmente diante da sua violação. Não se cuida de disposição que exige lei ordinária para ser postulada.

Diante do exposto, manifesta-se aqui discordância em relação à segunda e à terceira *tendências* do Direito Público brasileiro apresentadas no item 2.1: tanto aquela que admite a exigibilidade judicial absoluta de toda e qualquer pretensão ligada a um direito fundamental social, pois viu-se que tal estratégia prejudica a alocação racional de recursos e a implementação universalizada desses direitos pela Administração, quanto aquela que só admite a sindicabilidade judicial no que diz respeito às pretensões necessárias à satisfação do mínimo existencial, pelos motivos acima expostos.

De todo modo, a compreensão do *mínimo existencial como piso mínimo* e não como *teto máximo* de realização dos direitos fundamentais econômicos e sociais não se limita a uma questão de dogmática jurídica. Ela está atrelada a uma fundamentação sociopolítica, subjacente à concepção de justiça social delineada pela Constituição de 1988 e intrinsecamente vinculada ao perfil de uma Administração Pública inclusiva. É nesse sentido que se buscará, no próximo tópico, identificar as bases que justificam uma atuação da Administração Pública brasileira para além do mínimo existencial.

⁸⁹ Assim entende: CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 107.

⁹⁰ O Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento diverso. Apesar de haver concordância no sentido de que essa prestação é sindicável judicialmente, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha entendeu que ela estava incluída no mínimo existencial. Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768, Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, Tribunal Pleno, julgado em 19.09.2007, DJe-131, divulgado em 25.10.2007, publicado em 26.10.2007.

3. IGUALDADE E DESENVOLVIMENTO COMO FUNDAMENTOS PARA A ATUAÇÃO MAXIMIZADA DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INCLUSIVA

Observadas as alterações dogmáticas experimentadas pelo Direito Público pátrio em matéria de direitos fundamentais econômicos e sociais, bem como algumas das tendências da doutrina e da jurisprudência quanto à sua exigibilidade judicial, cumpre agora investigar qual é a extensão dos deveres de atuação da Administração Pública com vistas à satisfação desses direitos. É preciso avaliar se de acordo com a concepção de justiça social presente na atual Constituição, a Administração Pública brasileira deve limitar-se a conceder ao cidadão o mínimo necessário para o exercício de suas liberdades, bastando conferir a todos iguais oportunidades como ponto de partida, ou se, mais do que isso, a ela incumbe fornecer-lhes prestações maximizadas para a plena efetivação dos seus direitos econômicos e sociais, reduzindo as distâncias entre as posições sociais existentes.

Pretende-se sustentar que as noções de igualdade material e de desenvolvimento, que presidem a principiologia da Constituição de 1988, impõem um dever de atuação otimizada à Administração, conferindo ao Estado um papel protagonista e não subsidiário, distintamente do entendimento propagado pela tendência do *Direito Administrativo neoliberal*, que avultou no cenário brasileiro no final do século XX. As bases da fundamentação que será adiante alinhavada representam a tendência contemporânea do *Direito Administrativo social*, a qual aponta para uma atuação estatal para além do mínimo existencial.

3.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CIDADÃO EM UMA DANÇA DAS CADEIRAS: PARA ALCANÇAR A IGUALDADE A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DEVE SUPERAR O MÍNIMO EXISTENCIAL

O primeiro fundamento que parece abalizar o dever de atuação maximizada da Administração Pública brasileira consiste na ideia de igualdade material. E para alcançá-la, em consonância com a concepção global de justiça social que permeia a Constituição vigente, é necessário priorizar a igualdade de posições sobre a igualdade de oportunidades. Explica-se.

De acordo com François Dubet, existem, contemporaneamente, duas grandes concepções de justiça social: (a) a *igualdade de posições* e (b) a *igualdade de oportunidades*. O que elas têm de comum é a pretensão de reduzir a tensão existente entre a afirmação de igualdade de todos os indivíduos e a realidade marcada por profundas desigualdades sociais. No entanto, elas se diferenciam na medida em que a primeira enfoca o conjunto de posições ocupadas pelos indivíduos na sociedade, buscando reduzir as distâncias entre elas (salários, condições de vida, acesso aos serviços, etc.), aproximando-as dentro da estrutura social, ao passo que a segunda objetiva oferecer a todos a possibilidade de ocupar as melhores posições sociais, com lastro na meritocracia. Ilustra o autor afirmando que, enquanto a *igualdade de oportunidades* visa a permitir aos filhos de operários que eles tenham as mesmas oportunidades de se tornarem executivos que os próprios filhos de executivo, a *igualdade de posições* preocupa-se mais reduzir as distâncias entre as condições de

vida e de trabalho dos operários e dos executivos.⁹¹

Embora ambas sejam legítimas e não sejam completamente incompatíveis entre si, é necessário distingui-las e estabelecer uma ordem de prioridades em matéria de políticas públicas e programas sociais voltados a uma ou à outra⁹², isto é, faz-se necessário determinar quais são as ações prioritárias do Poder Público: a redução das distâncias entre as posições sociais existentes, ou a diminuição das discriminações que figuram como obstáculo à equitativa competição pela ocupação das posições sociais mais elevadas. Insta analisar cada uma delas.

(a) O primeiro modelo, de *igualdade de oportunidades*, foi impulsionado pelas burguesias e elites que ansiavam pela eliminação do sistema estamentário do Antigo Regime. Com a Revolução Francesa, foram abolidos os estamentos, permitindo a todos o acesso aos empregos segundo o critério do mérito, independentemente do seu nascimento. Não se questionava a existência de desigualdades sociais, desde que cada um tivesse a possibilidade de alcançar a todas as posições sociais. Essa perspectiva não considera injusta a existência de diferenças significativas entre as rendas e as condições de vida dos indivíduos, porque parte do princípio de que todos tiveram iguais oportunidades de escapar das posições menos favorecidas. Baseia-se na produção de desigualdades sociais justas, por conta do mérito de cada indivíduo em aceder às posições sociais mais elevadas.⁹³

Cuida-se de um arquétipo que se impõe quando as melhores posições em uma dada sociedade se tornam mais escassas: “quando a vida social começa a parecer-se com o jogo das cadeiras, discute-se menos sobre o número de cadeiras do que sobre as maneiras de ocupá-las e sobre a equidade do árbitro”.⁹⁴

Há duas maneiras complementares de se promover a *igualdade de oportunidades*. A primeira delas consiste em garantir igualdade de acesso aos bens e serviços dos quais os mais discriminados estão excluídos. Impõe-se, nesses casos, permitir o acesso a todos, assegurar a equidade nos processos de seleção e munir os indivíduos de condições iguais de existência, de modo que cada um possa cuidar da sua saúde, instruir-se e locomover-se da mesma forma que os demais. A segunda orientação funda-se na ideia de compensação: afora as desigualdades gerais, devem ser levadas em conta as discriminações específicas e propor políticas dirigidas a elas com o propósito de fixar condições equitativas de competição (políticas de discriminação positiva)⁹⁵. Seria o caso, por exemplo, da reserva de vagas para deficientes físicos em postos de trabalho, os quais, vítimas da discriminação, encontram sérias dificuldades em conquistar um espaço do mercado de trabalho, ou de cotas em universidades para alunos provenientes de escolas públicas, que não tiveram as mesmas oportunidades de concorrer a uma vaga no vestibular.

⁹¹ DUBET, François. *Repensar la justicia social: contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011. p. 11-12.

⁹² DUBET, François. *Op. Cit.*, p. 13-14.

⁹³ DUBET, François. *Idem*, p. 53 e 55.

⁹⁴ DUBET, François. *Idem*, p. 57-58.

⁹⁵ DUBET, François. *Idem*, p. 59.

Sua pretensão não é, propriamente, a de reduzir a iniquidade entre as distintas posições sociais, mas sim combater as discriminações que impedem os indivíduos de competirem em igualdade de condições iniciais para alcançar as melhores posições. Essas distinções entre as posições sociais são consideradas, dentro dessa concepção, como justas, uma vez que todas as posições estão abertas a todos, e todos ostentam iguais oportunidades de aceder a elas.⁹⁶

Resumidamente, o modelo pode ser explicado da seguinte maneira: (i) no ponto de partida, eliminam-se as desigualdades, equilibrando as posições entre os indivíduos; (ii) em seguida, como as desigualdades produzidas dependem apenas dos indivíduos e do seu livre-arbítrio, elas são perfeitamente justas.⁹⁷ Na bem formulada síntese de Júlia Ávila Franzoni e Juliana Pondé Fonseca: “De acordo com essa concepção, a partir desse ponto de partida equânime, a meritocracia funcionaria perfeitamente: cada agente galgaria diferentes posições sociais de acordo com o seu mérito, independentemente de sua origem social ou fatores biológicos. A partir disso, as desigualdades sociais que permanecessem seriam perfeitamente justificáveis”.⁹⁸

(b) Por sua vez, a *igualdade de posições* surge como uma tentativa de combate à situação de miséria proporcionada pelo capitalismo desenfreado decorrente do liberalismo econômico no século XIX, originando-se nos movimentos operários e reformistas sociais que reivindicavam o reconhecimento de direitos sociais. Foram desenvolvidas políticas dirigidas à diminuição das desigualdades existentes entre as distintas posições por meio das *transferências sociais*. Essas políticas de redistribuição operavam-se notadamente através dos tributos, de modo que, no decorrer do século XX, nos Estados que adotaram o modelo de Bem-Estar Social, verificou-se uma expressiva redução das iniquidades sociais. Embora tais regimes não tenham logrado erradicar totalmente a pobreza, nem impedir que alguns poucos entesourassem grandes fortunas, eles tiveram o condão de inserir a classe trabalhadora no seio da sociedade através da consagração de um amplo rol de direitos sociais, relacionados à promoção da saúde, ao combate ao desemprego, à previdência e às condições melhores de trabalho.⁹⁹

Esse modelo de justiça social centrado na redução das distâncias entre as posições sociais não se trata de uma filosofia abstrata, apenas. Ele pode ser identificado nas lutas operárias presentes nos séculos XIX e XX, que por meio de greves, manifestações e relações de força, propagaram a ideia de que a redistribuição das riquezas era legítima, e que a justiça social não era somente uma questão moral e de compaixão com os mais pobres. Essas conquistas dos trabalhadores se fizeram perceptíveis, uma vez que os direitos sociais conquistados por alguns eram generalizados e aproveitados por todos, inclusive por aqueles que não tinham condições de lutar por eles.¹⁰⁰

⁹⁶ DUBET, François. *Idem*, p. 12.

⁹⁷ DUBET, François. *Idem*, p. 63.

⁹⁸ FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. *Igualdade de posição e de oportunidades: considerações em torno do princípio da diferença em John Rawls*. Trabalho apresentado no evento “Uma teoria da justiça’ 40 anos depois: Razão, Democracia e Constituição no legado político e filosófico de John Rawls”. Rio de Janeiro, 20 de outubro de 2011. p. 8.

⁹⁹ DUBET, François. *Idem*, p. 17-20.

¹⁰⁰ DUBET, François. *Idem*, p. 20-21.

Uma das consequências da luta pela instalação de um modelo de justiça social baseado na *igualdade de posições* consistiu na desmercantilização do acesso a certos bens, de modo que alguns deles, durante muito tempo reservados a poucos, foram colocados à disposição de todos. Assim, a ampliação do acesso aos transportes públicos e a consagração de várias atividades como serviços públicos, de prestação obrigatória pelo Estado, tais como saúde e educação, encontra-se inserida nesse contexto, tendo o seu custo repartido por todos os contribuintes. A facilitação do acesso a esses bens torna-se, pois, uma contribuição “à igualação progressiva das posições, já que todos podem se beneficiar deles”.¹⁰¹

Em suma, a *igualdade de posições* caracteriza-se pela tensão entre duas grandes tendências: de um lado, reduzir as distâncias entre as posições sociais, e, de outro, fixar as posições e assegurá-las, o que é uma maneira indireta de produzir a igualdade.¹⁰²

Dubet tece uma crítica ao modelo de *igualdade de oportunidades*, não dirigida aos princípios que a fundamentam, mas antes aos efeitos reais que ela produz. Sustenta que ela aprofunda as desigualdades, por não se preocupar com a redistribuição e com a garantia das posições sociais, e resulta no aumento da pobreza.¹⁰³ E considera que a *igualdade de posições*, por sua vez, permite uma melhor igualdade de oportunidades do que o próprio modelo da *igualdade de oportunidades*. Isso se deve ao fato de que quanto mais se reduzem as desigualdades entre as posições sociais, mais se eleva a igualdade de oportunidades. Permite-se, mais facilmente, a mobilidade social, visto que é mais simples mover-se na escala social quando as posições estão mais próximas umas das outras, de modo que “o elevador social não sobe nem desce muito, mas muito mais pessoas podem usá-lo”.¹⁰⁴

A *igualdade de posições* é rechaçada pelas elites justamente porque, para alcançá-la, é necessário recorrer a uma política de redistribuição, de transferências sociais, que se baseia na elevação de tributos, como pressuposto para fornecer a satisfação universal de direitos sociais a todos. Quanto maior a extensão do conteúdo dos direitos sociais, maior a carga tributária.¹⁰⁵

Conclui o autor pela necessidade de se priorizar o modelo de *igualdade de posições*, já que ele é melhor, inclusive, para proporcionar a igualdade de oportunidades entre os indivíduos, já que quanto mais próximas entre si estiverem as posições sociais, maiores serão as oportunidades de se ascender socialmente. Por essa razão, a *igualdade de posições* deve ser algo prioritário.

Transplantando os modelos brevemente analisados à temática desta pesquisa, parece ser possível relacionar a tese da redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial com a *igualdade de oportunidades*, e a posição de submissão integral desses direitos ao regime jurídico jusfundamental à noção de *igualdade de posições*. E concordando com a conclusão de François Dubet, manifesta-se aqui pela necessidade de priorização das políticas que visam atender à *igualdade de*

¹⁰¹ DUBET, François. *Idem*, p. 24.

¹⁰² DUBET, François. *Idem*, p. 26.

¹⁰³ DUBET, François. *Idem*, p. 73-74.

¹⁰⁴ DUBET, François. *Idem*, p. 95-97 e 99.

¹⁰⁵ DUBET, François. *Idem*, p. 105.

posições, não apenas pelo fato de que esse modelo realmente parece ser mais adequado a proporcionar iguais oportunidades a todos do que a própria racionalidade da *igualdade de oportunidades*, mas também porque parece ser essa a solução adotada pela Constituição Federal de 1988, sobretudo na quadra atual da conjuntura socioeconômica nacional.

A posição teórica que objetiva reduzir a jusfundamentalidade dos direitos ao mínimo existencial encontra-se intimamente vinculada com o modelo de justiça social da *igualdade de oportunidades*.

Como se viu, a *igualdade de oportunidades* propugna que deve ser garantido idêntico estágio inicial para todos, possibilitando com isso a chance de se aceder às posições sociais mais avantajadas. Se não houver essa igualização do ponto de partida, os que largaram antes por conta de benefícios naturais ou sociais terão maiores oportunidades de conquistar as posições mais privilegiadas, ao passo que aqueles que iniciaram o seu caminho em piores condições terão extrema dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de alcançar os mesmos fins.¹⁰⁶

O que o mínimo existencial pretende proporcionar é justamente isso: condições iniciais iguais para todos, de vida minimamente digna, capazes de permitir o exercício das liberdades por cada indivíduo, que, conforme o seu mérito e em virtude da igual oportunidade de chances conferida aos demais, irá buscar os seus objetivos dentro de um quadro social considerado justo. Alguns autores, como Ana Paula de Barcellos¹⁰⁷ e Federico Saggese¹⁰⁸, chegam a mencionar expressamente a fundamentação do mínimo existencial na noção de *igualdade de oportunidades*. Outros, de modo implícito, acabam remetendo a essa ideia quando fundamentam o mínimo existencial na noção de liberdade fática ou liberdade real.¹⁰⁹

Costuma-se argumentar, dessa maneira, que nos Estados Democráticos

¹⁰⁶ FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. *Op. Cit.*, p. 8.

¹⁰⁷ A autora relaciona claramente o mínimo existencial à igualdade de oportunidades, embora contrapondo esta última à *igualdade de resultados* (que a jurista reputa vinculada a um modelo de “Estado totalitário, ou, no mínimo, paternalista”) e não à *igualdade de posições*: BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica... Op. Cit.*, p. 226-227.

¹⁰⁸ SAGGESE, Federico. *El derecho a un nivel de vida adecuado*. Discurso jurídico y dimensión judicial. Perspectivas desde el Derecho Constitucional y Administrativo. La Plata: Librería Editora Platense, 2009. p. 92.

¹⁰⁹ Sobre a parcela de doutrina que vincula o mínimo existencial à liberdade real ou fática, conferir as referências feitas em: SARMENTO, Daniel. A proteção judicial... *Op. Cit.*, p. 574-57 e HONÓRIO, Cláudia. *Op. Cit.*, p. 116-130. Cristina Queiroz explica a ideia de liberdade real acentuando a relação fática de dependência entre os direitos sociais e os de liberdade. Cf.: QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 33-34. Ingo Wolfgang Sarlet, ao analisar as propostas teóricas de três autores alemães (Christian Starck, Rüdiger Breuer e Robert Alexy) acerca do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações extraídos diretamente da Constituição, constata que todos eles, nada obstante as distinções teóricas de suas formulações, baseiam-se na noção de “um padrão mínimo segurança material a ser garantido por meio de direitos fundamentais, que têm por objetivo evitar o esvaziamento da liberdade pessoal”, assegurando-se com isso a chamada “liberdade real”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia... Op. Cit.*, p. 345. Entre os autores que remetem o fundamento do mínimo existencial à ideia de liberdade real, veja-se: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A justiciabilidade... Op. Cit.*, p. 38; TORRES, Ricardo Lobo. *O direito... Op. Cit.*, p. 139-143.

contemporâneos, é necessário reconhecer o direito dos cidadãos a receberem do Estado prestações positivas que possam lhes assegurar as condições iniciais da liberdade. A concepção de liberdade fática ou de liberdade real pode ser expressada da seguinte forma: “Sem que tenha satisfeitas suas necessidades básicas, dificilmente o indivíduo terá condições de usufruir de sua liberdade e construir os caminhos para o seu desenvolvimento como ser humano e como parte da sociedade”.¹¹⁰

Do ponto de vista dogmático, percebe-se claramente que os adeptos da redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial - tais como Ricardo Lobo Torres e Alceu Maurício Jr.¹¹¹ - assentam a nota de fundamentalidade dos direitos constitucionais no valor *liberdade*. Para esses autores, o escopo da categoria jurídica do mínimo existencial está em definir quais são as parcelas dos direitos sociais representativas de condições necessárias ao exercício efetivo da *liberdade*, compreendida como autonomia. Em face disso, “os direitos sociais não são considerados *prima facie* direitos fundamentais: sua fundamentalidade é derivada da liberdade, esta sim, por si só, fundamental”.¹¹² Há no pensamento desses autores, inquestionavelmente, uma priorização da *igualdade de oportunidades*: consideram que a parcela dos direitos sociais que faz parte do mínimo existencial é dotada de jusfundamentalidade e é judicialmente demandável por ser imprescindível para proporcionar um estágio inicial igualitário a todos, permitindo-lhes partir de iguais condições mínimas de existência digna, para então exercitar suas liberdades e buscar os seus objetivos.

Essa adoção do mínimo existencial como critério de justiciabilidade dos direitos sociais revela uma priorização da *igualdade de oportunidades* em detrimento da *igualdade de posições*, embora não se negue expressamente esta última. A principal (embora não única) diferença entre os dois modelos, conforme já dito, está nas prioridades de cada um. A corrente do *mínimo existencial como teto máximo* aceita que o Estado proporcione direitos sociais aos cidadãos para além desse mínimo. Mas nessa medida, eles não serão direitos fundamentais e não poderão ser postulados em juízo. Em outros termos: não são prioritários.

A ideia fica mais clara à luz de uma apreciação de considerações constantes na obra de Ricardo Lobo Torres. Para o autor, o debate acerca do mínimo existencial liga-se ao problema da pobreza, que é por ele separada em duas espécies: a *pobreza absoluta* (= miséria), obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a *pobreza relativa*, vinculada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será reduzida conforme as possibilidades orçamentárias. O conceito de *pobreza absoluta* é variável no tempo e no espaço. No Brasil contemporâneo, o plano *Brasil Sem Miséria* considera miserável o indivíduo que tenha renda domiciliar *per capita* abaixo de R\$70,00 mensais.¹¹³

¹¹⁰ BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 105.

¹¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito...* *Op. Cit.*, p. 41-43; MAURÍCIO JR., Alceu. *Op. Cit.*, p. 47.

¹¹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: Celso de Albuquerque Mello; Ricardo Lobo Torres (Orgs.). *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 38.

¹¹³ Informações sobre o plano podem ser acessadas em: <<http://www.brasilsemmiseria.gov.br>>.

O combate à *pobreza absoluta* ou *miséria*, que para o autor é imperativo ao Estado, deve ser feito através dos instrumentos de garantia do mínimo existencial, compreendido com um conjunto de prestações estatais aptas a prover condições mínimas de existência digna ao cidadão, ao passo que a erradicação da *pobreza relativa* deve ser feita através de políticas públicas progressivas que atendam os direitos sociais na máxima medida possível. A linha tênue entre quais prestações satisfazem estritamente o mínimo existencial e quais ações estatais estão voltadas a atender aos direitos sociais em um padrão mais elevado faz com que o Estado, muitas vezes, adote políticas públicas que não fazem essa diferença, permitindo que a classe média e os pobres recebam tratamento preferencial diante dos miseráveis, o que é criticado pelo jurista.¹¹⁴

Vistas essas compreensões, não há como deixar de reconhecer que a concepção de justiça social agasalhada pelo tecido constitucional brasileiro de 1988 realmente compreende a noção de *igualdade de oportunidades*. Ela pode ser deduzida de alguns dos princípios fundamentais do Título I da Lei Maior, tal como a adoção da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV), e da determinação, entre os seus objetivos fundamentais, de construção de uma sociedade livre e de erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, I e III). Não há dúvidas, pois, que o Estado brasileiro deve assegurar condições iniciais igualitárias a todos os cidadãos, eliminando a *pobreza absoluta* (miséria) que constitui obstáculo ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. Impõe-se, assim, a implementação de políticas assecuratórias do mínimo existencial, como se extrai, entre outros, dos dispositivos do Título VIII (“Da Ordem Social”) que versam sobre a seguridade social, em especial da Seção IV, dedicada à assistência social. E, dada a sua fundamentalidade, mesmo na ausência dessas políticas ou de previsão legislativa, a igualdade de oportunidades exigida pela Constituição impõe a aceitação de sindicabilidade judicial de prestações necessárias ao atendimento do mínimo existencial.

Até aqui não há maiores divergências com a posição sob exame. O problema surge quando se propõe limitar o reconhecimento de fundamentalidade dos direitos sociais às porções imprescindíveis à garantia desse mínimo. A *igualdade de oportunidades*, como meio para se alcançar justiça social, é sim requerida pela Constituição. Mas não é o único modelo por ela albergado. Não se pode, a pretexto de realizá-la, olvidar-se da inclusão da *igualdade de posições* entre as exigências de justiça social dispostas pelo texto constitucional.

Se por um lado a concepção anterior apoia-se na priorização da *igualdade de oportunidades*, a posição defendida neste estudo, de sujeição integral dos direitos sociais ao regime jurídico dos direitos fundamentais (e não só no que toca ao mínimo existencial), arrima-se na prioridade da *igualdade de posições*. Isso não quer dizer que não se repute prioritário propiciar condições iguais de chances aos indivíduos. Pelo contrário: significa buscar um modelo de justiça social que atenda mais a esse propósito

¹¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito... Op. Cit.*, p. 14-17.

- de igualar para todos o ponto de partida - do que o próprio paradigma da *igualdade de oportunidades* é capaz de oferecer. Além de se entender que a justiça social não será alcançada apenas mediante o fornecimento de efetiva liberdade e de uma real autonomia privada aos indivíduos, necessitando também da diminuição das distâncias entre as díspares posições existentes na sociedade, considera-se que a *igualdade de oportunidades*, por si só, não é hábil a corresponder à verdadeira equalização dos estágios iniciais de busca pelos projetos individuais de vida.

O escopo do modelo de *igualdade de posições* de reduzir as disparidades entre as posições sociais e permitir com isso a maior mobilidade dos indivíduos entre elas encontra-se nitidamente estampado na arquitetura constitucional brasileira. Ele se faz transparecer na enunciação dos valores sociais do trabalho como fundamento do Estado Brasileiro (art. 1º, IV, CF), na determinação que erige como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade não apenas livre e justa, mas também *solidária*, a garantia do desenvolvimento nacional (quando analisado em sua perspectiva humana e social) e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I, II e III, CF). O mesmo se percebe quando a Lei Maior funda a ordem econômica nacional na valorização do trabalho humano e, novamente, incorpora como princípio a diminuição das desigualdades regionais e sociais, bem como a busca do pleno emprego (art. 170, *caput*, VII e VIII, CF).

Esses valores juridicizados pela ordem constitucional na forma de princípios jurídicos, tais como a solidariedade, o desenvolvimento humano e social, a igualdade material e o trabalho digno não são satisfeitos somente com a igualização das condições iniciais de vida dos indivíduos. Esse ponto de partida é necessário, porém insuficiente. Sua concretização requer uma aproximação entre as posições distribuídas no seio da sociedade, mediante a redução de disparidades entre as rendas, as condições de vida, o grau de valorização dos empregos e postos de trabalho, etc. E essa eliminação das posições sociais injustas, por meio da diminuição dos espaços entre elas, encontra-se presente do espírito constitucional brasileiro, quando se verifica, por exemplo, a previsão do imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, CF), cuja finalidade é, precisamente, evitar a formação de posições sociais exageradamente dessemelhantes e empreender a redistribuição de recursos. A realização desses escopos clama pelo modelo de *igualdade de posições*, o qual só será implementado se reconhecida a jusfundamentalidade plena dos direitos sociais.

Conforme observam Júlia Ávila Franzoni e Juliana Pondé Fonseca, a *igualdade de oportunidades*, em sua vertente aqui analisada, é obstaculizada por fatores práticos que impedem a sua concretização, eis que a igualdade do ponto de partida dentro da lógica desse modelo é inatingível. Se a diferença entre as classes é admitida como algo justo e aceitável - como o é no arquétipo da *igualdade de oportunidades* - torna-se difícil assegurar com plenitude que todos os indivíduos logrem alcançar iguais pontos de partida. Sublinham as autoras o fato de que o princípio meritocrático (cada indivíduo merece alcançar os seus objetivos de acordo com o seu esforço), para funcionar equitativamente, demandaria uma eliminação de todas as variáveis que afetam as oportunidades dos indivíduos de conquistar as posições sociais mais privilegiadas. E disso se infere que “enquanto existirem não somente classes sociais, como também qualquer tipo de estrutura familiar, o princípio de oportunidades

equitativas só pode ser realizados de forma imperfeita”, pois fatores como a existência de posições extremamente desfavorecidas e a possibilidade de alguns se beneficiarem, *v.g.*, de riquezas herdadas de seus familiares, impedem que se chegue a um ponto de partida equânime a todos.¹¹⁵

Essa problemática, no cenário brasileiro, é metaforicamente comparada pelas autoras com uma enorme dança das cadeiras, que envolve toda a população nacional. As cadeiras da brincadeira infantil - compreendidas como as posições existentes na sociedade - são escassas diante da numerosa quantidade de pessoas querendo brincar - isto é, ocupar cada uma delas. Ocorre que alguns sequer têm condições de lutar por um assento e, ademais, há gritante diferença entre elas: enquanto algumas se assemelham a confortáveis e imponentes troncos, outras consistem em banquetas estropiadas. Nessa brincadeira, não basta conquistar um assento qualquer; o ideal é conseguir os melhores deles, para receber os maiores prêmios, que variam conforme a qualidade da cadeira. As injustiças são muitas, porque não envolvem apenas a (im)possibilidade de brincar. Elas englobam, igualmente, o problema da disparidade das cadeiras, e das condições de cada participante de lograr as paragens mais privilegiadas.¹¹⁶

As formas de resolução do problema da desigualdade ínsita à brincadeira (e, paralelamente, à realidade brasileira) são expostas mediante dois caminhos distintos: pela *igualdade de oportunidades*, seria mais justo proporcionar aos participantes idênticas condições de concorrer às melhores cadeiras, sendo irrelevante a existência de disparidades entre os assentos e os prêmios a eles associados, pois pressupõe-se que, partindo de iguais posições, o esforço e o mérito de cada um é que definirão o resultado; pela *igualdade de posições*, o ideal seria diminuir as discrepâncias entre as cadeiras e seus prêmios respectivos, por compreender-se que, do contrário, não haverá efetiva igualdade de chances entre os disputantes.¹¹⁷

A aderência à proposta da *igualdade de oportunidades* ainda é majoritária, não só no Brasil, como também em outros países.¹¹⁸ A população parece aceitar que assegurando um mínimo de recursos capaz de possibilitar a todos um igual ponto de partida, somado à possibilidade, a partir daí, de exercício igualitário das liberdades, seria possível minimizar as discriminações existentes entre os indivíduos no que toca à oportunidade de aceder às melhores posições. Mais do que *possível*, julgam que isso seria *suficiente* para se chegar a uma solução justa. O discurso da garantia universal da educação aos cidadãos como panacéia para os males da sociedade funda-se nessa concepção.¹¹⁹

Acontece que o modelo da *igualdade de oportunidades* não é capaz de atingir o seu intuito principal, pois sem minimizar as disparidades entre as diversas posições sociais - condições de vida, renda, trabalho, etc. - não se consegue acabar com as discriminações que afetam as posições sociais mais prejudicadas, nem permitir aos

¹¹⁵ FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. *Op. Cit.*, p. 9.

¹¹⁶ FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. *Idem*, p. 4.

¹¹⁷ FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. *Idem, Ibidem*.

¹¹⁸ DUBET, François. *Op. Cit.*, p. 12.

¹¹⁹ FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. *Op. Cit.*, p. 9.

ocupantes das banquetas mais surradas a conquista dos mais avantajados tronos (e de seus respectivos prêmios). Veja-se o caso da educação: proporcionar igualdade de acesso às escolas, por mais positivo que seja, não faz com que as dificuldades sociais experimentadas pelos alunos mais pobres deixem de prejudicar o seu rendimento acadêmico,¹²⁰ de sorte que, ao final, ele não desfrutará necessariamente das mesmas chances de conquistar os melhores postos de trabalho. E isso não depende apenas do mérito de cada um. Logo, a desigualdade extrema inviabiliza que providências pontuais, tal qual a educação gratuita, bastem para igualizar o estágio inicial a partir do qual cada um deve prosseguir com apoio no seu próprio esforço. Enquanto perdurarem as discrepâncias entre as classes sociais, persistirão as desigualdades de oportunidades.¹²¹ A conclusão a que se chega é a de que “Não há como falar em iguais chances se existem posições flagrantemente discrepantes na sociedade. Não há como equalizar oportunidades numa realidade desigual sem reduzir a distância entre as posições”.¹²²

O cotejo dessas ilações com a temática central desta investigação conduz as algumas significativas considerações. A primeira delas é que a garantia do mínimo existencial, por si só, não produz como resultado final uma efetiva igualdade de chances entre os cidadãos de alcançar as melhores posições na sociedade. Embora imprescindível, ele não é o bastante, já que os cidadãos que forem contemplados apenas com esse piso mínimo estarão a uma distância tão estratosférica dos sujeitos mais abastados da sociedade que eles jamais poderão, por maiores que sejam os seus méritos e esforços, galgar os postos mais elevados. Aos indivíduos “agraciados” somente com o mínimo existencial, o “elevador social” de que fala Dubet¹²³ não concede acesso aos andares mais altos. Destarte, insistir do modelo de *igualdade de oportunidades* reduzindo a jusfundamentalidade dos direitos sociais a um patamar mínimo não leva à real igualdade de chances entre os cidadãos.

Por esse motivo, mesmo que a Constituição Federal de 1988 propugnasse apenas pela tutela da autonomia privada dos indivíduos, tendo como foco de proteção único as liberdades, ele não seria alcançado com base nessa racionalidade. Mas o fato é que, como visto, a concepção de justiça social inscrita na Lei Fundamental brasileira é mais ampla. Ela se compromete com a construção de uma sociedade que, para ser *justa*, não basta ser *livre*: deve também ser *solidária* (art. 3º, I, CF). Como bem observa Clèmerson Merlin Clève, os direitos sociais tutelados pela Constituição de 1988 não se prestam somente a oferecer ao cidadão um mínimo, pois ela sinaliza para a ideia de máximo.¹²⁴

A segunda constatação, derivada da primeira, é que para se atingir a *igualdade de posições*, diminuindo os largos espaços entre as classes, os direitos sociais devem ser guindados à dignidade constitucional de direitos fundamentais, em sua plenitude, e não apenas em sua dimensão mínima. É claro que esse máximo dos direitos sociais irá

¹²⁰ FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. *Idem*, p. 9-10.

¹²¹ FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. *Idem*, p. 20.

¹²² FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. *Idem*, p. 22.

¹²³ DUBET, François. *Op. Cit.*, p. 99.

¹²⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 106.

dependem “do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país”.¹²⁵ Aceitar a jusfundamentalidade integral dos direitos sociais não significa bradar, insequentemente, a possibilidade jurídica ou fática de se reclamar pela via judicial a sua plena satisfação. Mas implica reconhecer a potencialidade expansiva do seu conteúdo, que se espalha também sobre o legislador e a Administração Pública, além de permitir, mesmo na esfera do Judiciário, o reconhecimento de outras gradações da aplicabilidade imediata dos comandos que o veiculam, para além do mínimo existencial.

Admitindo-se esse nível maior de exigibilidade dos direitos sociais, decorrente da sua condição de direitos fundamentais e da sua submissão total ao regime jurídico jusfundamental, em especial do traço que lhes confere incidência imediata, ampliam-se as condições individuais de aceder a melhores posições sociais, minimizando-se as discrepâncias entre elas e impulsionando a eliminação dos postos mais desfavorecidos e injustos. A tendência com isso é de, por um lado, proporcionar maiores chances aos participantes da dança das cadeiras de conquistar os melhores assentos (como pretendia o modelo da *igualdade de oportunidades*), e, por outro, substituir as banquetas mais surradas por cadeiras melhores e possibilitar a cada participante condições de assegurar os lugares por eles alcançados (finalidades próprias da *igualdade de posições*).

Apenas para dar um exemplo, os avanços conquistados na última década em matéria de desenvolvimento social decorreram não apenas de políticas de redução da miséria e da extrema pobreza. Eles derivaram, também, da criação de milhões de novos postos de trabalho, com carteira assinada e da ampliação do pagamento de benefícios pela previdência social, os quais, diferentemente dos auxílios da assistência social, destinam-se apenas aos contribuintes, dotados de renda suficiente para contribuir com o sistema previdenciário. De acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do IBGE, no ano de 2011 pouco mais de 51 milhões de brasileiro recebiam menos de meio salário mínimo. Caso não houvesse os benefícios da previdência, o número aumentaria para quase 75 milhões. Logo, a implementação do direito fundamental à previdência social, composto por desdobramentos que extrapolam o mínimo existencial (distintamente dos benefícios da assistência, por exemplo, que se integram ao mínimo), foi responsável por retirar mais de 23 milhões de cidadãos da linha da pobreza.¹²⁶

As construções teóricas relacionadas ao mínimo existencial são úteis para identificar um núcleo abaixo do qual o cidadão não pode viver com dignidade, fato que eleva sobremaneira a força do argumento em prol da sua satisfação e do afastamento de outros argumentos jurídica e faticamente relevantes que possam obstar a sua efetivação. Dada a sua imprescindibilidade para a manutenção de um dos mais importantes bens protegidos pelo Direito - a vida digna - ele se torna um mecanismo argumentativo de inquestionável relevância para sobrepor a sua realização sobre

¹²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Idem, Ibidem*.

¹²⁶ Dados consultados no site: <http://www.anfip.org.br/informacoes/artigos/Previdencia-Social-90-anos-combatendo-a-pobreza-e-reduzindo-as-desigualdades-sociais-Alvaro-Solon-de-Franca_24-01-2013>. Acesso em 28 jan. 2013.

qualquer outro fundamento tendente a refutá-la, ou, ao menos, para aqueles que negam a sua natureza de *regra* ou de *direito definitivo*, para elevar ao teto o ônus argumentativo do intérprete que objetive negá-lo.

Mas no quadro constitucional brasileiro, a concepção de justiça social nele pintada exhibe a evidência de que, tanto quanto o mínimo existencial, as parcelas dos direitos sociais que o excedem são imprescindíveis para fornecer aos cidadãos iguais oportunidades de acesso às melhores posições sociais, e necessárias tanto para diminuir as desigualdades entre elas, quanto para permitir estabilidade aos indivíduos nas posições por eles obtidas. Sem níveis otimizados de saúde, educação, moradia, alimentação, trabalho, etc., é inviável lograr acesso às melhores condições de vida, bem como manter as conquistas alcançadas.

Reconhecer os direitos econômicos e sociais como direitos integralmente fundamentais, submetidos plenamente ao regime jurídico reforçado que lhes é conferido pela Constituição Federal, e imprimir-lhes aplicabilidade imediata na maior medida possível sem descurar da diferença de natureza entre os variados deveres que eles impõem ao Estado, é mais do que uma questão de mera querela acadêmica: é construir uma *dogmática constitucional emancipatória* dos direitos fundamentais que, de um lado, não seja míope às limitações da realidade brasileira, e, de outro, guarde afinada sintonia com a complexa e plural concepção de justiça social abrigada pelo tecido constitucional.

3.2 DO DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE AO DESENVOLVIMENTO COMO IGUALDADE: A INSUFICIÊNCIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL PARA UMA EFETIVA INCLUSÃO SOCIAL

Um segundo fundamento que oferece sustentáculo para a prevalência de um *Direito Administrativo social* em detrimento de um *Direito Administrativo neoliberal* consiste no direito ao desenvolvimento, quando compreendido de forma conjugada com a igualdade, nos termos apresentados no apartado anterior. Até porque, uma concepção de desenvolvimento apoiada basicamente no viés econômico e vinculada essencialmente à liberdade, se tomada esta última em uma acepção restritiva, poderia coincidir com a proposta de uma atuação meramente subsidiária de Estado. Aliás, o discurso do desenvolvimento econômico encontrava-se intrinsecamente relacionado com o movimento do neoliberalismo. Apenas para dar um exemplo nacional, Luiz Carlos Bresser Pereira, um dos principais pivôs da reforma neoliberal do Estado brasileiro na década de 1990, foi também um dos grandes autores sobre o tema do desenvolvimento.¹²⁷ É preciso, portanto, definir bem a que espécie de *desenvolvimento* se está referindo, à luz do regime adotado pela Constituição de 1988, haja vista a polissemia e a pluralidade de conteúdos que se pode imprimir a essa expressão.

O primeiro aspecto que merece destaque é o fato de o desenvolvimento ser um fenômeno dotado de historicidade. Seu significado varia no tempo e no espaço.¹²⁸ De

¹²⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1977.

¹²⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Idem*, p. 23.

um lado, a concepção que se tinha de desenvolvimento ao longo da década de 1960, por exemplo, distingue-se da compreensão difundida a partir dos anos 1990, a qual, entre outros pontos de diferença, insere a proteção ambiental como elemento constitutivo desse fenômeno.¹²⁹ De outro, mesmo em um período historicamente situado, cada realidade econômico-social experimenta dificuldades que lhe são peculiares, sendo descabido tentar identificar, de forma generalizada, etapas de desenvolvimento pelas quais todos os Estados necessariamente deverão passar, tomando uma experiência específica como paradigma.¹³⁰ Daí porque dizer-se que o subdesenvolvimento não se trata de um momento naturalmente prévio ao desenvolvimento, mas sim de uma condição particular de determinadas sociedades, com características próprias.¹³¹

A definição contemporânea de desenvolvimento leva em consideração diversas dimensões, não se restringindo à seara econômica. A interdependência desta com a esfera humana e social é justamente um dos pontos cruciais do conceito, que o diferenciam da noção de crescimento. O chamado “crescimento econômico” diz respeito à elevação do produto nacional em um determinado período, notadamente pelo incremento da eficiência no sistema produtivo.¹³² Ele se verifica, portanto, em termos meramente *quantitativos*.¹³³ O desenvolvimento pressupõe a ocorrência de crescimento econômico, mas não se limita a isso. Para ser alcançado, deve-se “ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Interno Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda”.¹³⁴ Além do aumento quantitativo do produto nacional, ele reclama transformações estruturais socioeconômicas que importem a melhora *qualitativa* dos padrões de vida dos cidadãos, proporcionando a elevação do bem-estar social.¹³⁵

Por essas razões, uma definição de desenvolvimento limitada ao crescimento econômico, que utilize como único parâmetro de aferição o acréscimo do PIB e que torne o seu aumento como principal objetivo das políticas públicas nacionais, permitira tranquilamente que os direitos humanos e fundamentais fossem violados ou relegados a um segundo plano para a consecução desse objetivo. O emprego do PIB *per capita* como único indicador para avaliar o desenvolvimento de um país consiste em medida inadequada, por ignorar questões de mais alta relevância para averiguar a qualidade de vida da população - elemento chave do atual conceito de desenvolvimento - tais como condições adequadas de alimentação, acesso à água potável, ao saneamento básico e

¹²⁹ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 243.

¹³⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 52.

¹³¹ Assim manifesta-se Celso Furtado, alertando que “o subdesenvolvimento é, portanto, um processo histórico autônomo, e não uma etapa pela qual tenham, necessariamente, passado as economias que já alcançaram grau superior de desenvolvimento”. FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Contraponto/Centro Internacional Celso Furtado, 2009. p. 161.

¹³² GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 243.

¹³³ RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 2.

¹³⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 28.

¹³⁵ Nesse sentido, entre outros: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Desenvolvimento... Op. Cit.*, p. 22; BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento... Op. Cit.*, p. 53-54.

aos serviços de educação e saúde.¹³⁶

As alterações estruturais necessárias para se caracterizar o fenômeno em apreço devem ser capazes não apenas de modificar a realidade socioeconômica, mas também de conferir-lhe o atributo da sustentabilidade, possibilitando com isso a manutenção do incremento da qualidade das condições de vida da população, e a conseqüente continuidade do processo desenvolvimentista.¹³⁷ A sustentabilidade consiste, consoante Juarez Freitas, em “assegurar, hoje, o bem-estar físico, psíquico e espiritual, sem inviabilizar o multidimensional bem-estar futuro”.¹³⁸

Inexistindo tais transformações de fundo nos âmbitos econômico e social, mas apenas o crescimento produtivo e a incorporação, em determinada sociedade, do progresso técnico e científico experimentado por Estados desenvolvidos, restrita ao estilo de vida e padrões de consumo de uma elite privilegiada, estar-se-á frente à simples modernização.¹³⁹ O Estado prossegue subdesenvolvido, eis que não se opera a melhoria das condições existenciais gerais da população, contrapondo-se, de um lado, um grupo minoritário com ampla concentração de renda usufruindo de um elevado padrão de consumo, e de outro, a maior parte dos cidadãos, privados de uma qualidade de vida satisfatória, excluídos do acesso aos caríssimos bens e serviços importados dos países desenvolvidos.¹⁴⁰

A atual noção de desenvolvimento, portanto, pressupõe a interdependência do aspecto econômico com outros elementos, tais como o social e o político, e a ocorrência de transformações estruturais que permitam, para além das mudanças qualitativas, a sua manutenção de forma sustentável. Ele não se confunde com o mero *crescimento*, circunscrito à elevação produtiva em termos quantitativos, nem com a *modernização*, que não acompanha a melhoria generalizada das condições de bem-estar social da maioria populacional. Em razão disso é que se considera que a expressão “desenvolvimento econômico” não é a mais adequada, haja vista a inexistência de desenvolvimento apenas de natureza econômica.¹⁴¹

Um exemplo de conceito de desenvolvimento que abrange essa complexidade é o fornecido por Fábio Konder Comparato. Para o autor, trata-se de um “processo de longo prazo, induzido por políticas públicas ou programas de ação governamental em três campos interligados: econômico, social e político”. O *econômico* manifesta-se por um acréscimo da produção de bens e serviços derivado predominantemente de fatores produtivos internos, e não oriundos do exterior, e alcançado sem o extermínio de bens insubstituíveis integrantes do ecossistema. O *social* é marcado pela conquista gradativa da igualdade de condições existenciais básicas, mediante a efetivação

¹³⁶ FUKUDA-PARR, Sakiko; GUYER, Patrick; LAWSON-REMER, Terra; RANDOLPH, Susan; DANIELS, Louise Moreira. Assessing State compliance with obligations to fulfill economic and social rights - A methodology and application to the states of Brazil. In: Flávia Piovesan; Inês Virgínia Prado Soares (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 425-426.

¹³⁷ RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento... Op. Cit.*, p. 36.

¹³⁸ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 41.

¹³⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento... Op. Cit.*, p. 53.

¹⁴⁰ RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento... Op. Cit.*, p. 37.

¹⁴¹ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 245.

¹⁴² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 363.

generalizada dos direitos humanos sociais, econômicos e culturais, tais como saúde, educação, moradia, trabalho, previdência e assistência sociais. E o *político* pressupõe, para que haja o desenvolvimento, que os cidadãos possam assumir efetivamente seu papel de sujeito político, participando ativamente da vida democrática.¹⁴²

A compreensão do desenvolvimento como um direito formado por múltiplas dimensões¹⁴³ não se trata, apenas, de entendimento doutrinário. Ela passou a integrar expressamente, desde finais do século XX, documentos jurídicos destinados a promover a sua consagração normativa. Observa-se assim que o direito ao desenvolvimento tem sido, nas últimas décadas, objeto de reconhecimento e regulamentação nos planos internacional,¹⁴⁴ constitucional e legislativo.

A sua positivação decorre da necessidade, identificada pela comunidade internacional, de se adotar nos diversos países providências aptas a assegurar a promoção do desenvolvimento e uma distribuição equânime de riquezas¹⁴⁵, sem os quais os direitos humanos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais não podem ser exercitados.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, ao prever em seu artigo XXVIII que “Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”, inspirou a comunidade internacional a editar a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, aprovada na 18ª Conferência de Chefes de Estado e Governo, no Quênia em 1981. Esta última, em seu artigo 22º, estabelece que “1. Todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade, e ao gozo igual do patrimônio comum da humanidade. 2. Os Estados têm o dever, separadamente ou em cooperação, de assegurar o exercício do direito ao desenvolvimento”.

Posteriormente, em 1986, foi promulgada a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a qual determina em seu artigo 1 que: “O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados”. Tal documento acaba por redimensionar, formalizar e reforçar a ideia de desenvolvimento como um direito “interdependente e indivisível dos demais direitos humanos”.¹⁴⁶

¹⁴³ Nessa linha, Melina Girardi Fachin se refere ao direito ao desenvolvimento como “um trevo de muitas folhas”, destringindo as diversas dimensões que compõem o seu conteúdo. FACHIN, Melina Girardi. *Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação*. São Paulo, 2013. 484 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. f. 180-228.

¹⁴⁴ Sobre o tema, ver: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Fontes do direito ao desenvolvimento no plano internacional. In: Flávia Piovesan; Inês Virgínia Prado Soares (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 117-151.

¹⁴⁵ SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição - conexões e alguns dilemas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 469.

¹⁴⁶ SOARES, Inês Virgínia Prado. *Idem*, p. 470.

Na Constituição de 1988 é possível, de forma implícita, reconhecer a existência do direito fundamental ao desenvolvimento. Isso se dá por meio da cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, §2º, CF), que admite a existência de outros direitos materialmente fundamentais, decorrentes do *regime* e dos *princípios* adotados pela Lei Maior, e dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.¹⁴⁷ A atribuição de *status* de direito fundamental a posições jurídicas não inseridas formalmente no rol do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) da Constituição (arts. 5º a 17), nem expressamente em outras partes do texto constitucional, exige que elas ostentem conteúdo e importância que as aproximem dos direitos formalmente fundamentais, e que derivem diretamente dos princípios enumerados do art. 1º ao 4º do Título I (“Dos Princípios Fundamentais”).¹⁴⁸

Nessa esteira, ainda que se pudesse aludir também a uma série de outros elementos integrantes do *regime* democrático e social que permeia a Lei Fundamental brasileira,¹⁴⁹ o direito em referência encontra-se umbilicalmente ligado a uma série de valores albergados nos *princípios* inseridos no Título I da Lei Maior. A cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III) representam, como antes mencionado, um dos escopos principais da noção de desenvolvimento, em sua vertente humana e social. É exatamente a maximização das condições de existência digna e a possibilidade de participação ativa dos cidadãos na esfera política, realizando plenamente a democracia, que se objetiva com os elementos *social* e *político* do conceito de desenvolvimento acima referido. E os objetivos fundamentais da República, enunciados nos quatro incisos do art. 3º, não deixam dúvidas quanto à vinculação intrínseca desse direito ao regime e aos princípios acolhidos pelo constituinte de 1988.

Erigiu-se de maneira explícita em tais dispositivos, como finalidade última e primordial do Estado brasileiro, a construção de uma sociedade livre, *justa e solidária*, a garantia do *desenvolvimento* nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a *redução das desigualdades* sociais e regionais e a promoção do *bem de todos*. Todos esses objetivos consubstanciam decisão política deliberada do constituinte nacional de compelir a atuação de todos os Poderes Públicos à otimização da qualidade de vida da população, extirpando não apenas as condições miseráveis de larga parcela dos cidadãos brasileiros, mas também a desigualdade social existente entre eles, tal como

¹⁴⁷ Nesse sentido, posicionam-se: FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível resignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: Flávia Piovesan; Inês Virgínia Prado Soares (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 193, e GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 246.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia... Op. Cit.*, p. 92-93.

¹⁴⁹ Apenas para citar alguns, o direito ao desenvolvimento guarda estreita sintonia com os direitos sociais (art. 6º), com a ordem econômica disciplinada pelos ditames da justiça social para assegurar uma existência digna (art. 170), com a ordem social fundada no primado do trabalho e com o intuito de propiciar bem-estar e justiça sociais (art. 193), com a proteção aos direitos culturais (art. 215), com o dever estatal e social de proteção do meio-ambiente (art. 225), com o direito ao desenvolvimento tecnológico (art. 218), entre outros. Nessa linha: SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao desenvolvimento e justiça de transição... Op. Cit.*, p. 472.

se analisou no tópico anterior. Consistem, portanto, em marcos jurídicos do desenvolvimento, de patamar constitucional, que desfrutam de caráter imperativo e obrigam o legislador, o juiz e a Administração Pública a concretizá-los. É nesse influxo que se pode identificar o art. 3º do texto constitucional como a “cláusula transformadora” da realidade brasileira, cuja finalidade consiste na superação do subdesenvolvimento.¹⁵⁰

É preciso pontuar, na linha proposta por Melina Girardi Fachin, que o conceito de desenvolvimento que permeia a Constituição de 1988 pode ser encarado sob um viés *extrínseco* e outro *intrínseco*. O primeiro deles, presente em passagens como o art. 3º, II e o art. 174, §1º (que aludem a desenvolvimento *nacional*), diz respeito ao plano estatal, relacionando-se com o crescimento da produção econômica e o equilíbrio da estruturação organizacional e financeira do Estado. O segundo, de caráter subjetivo, concerne à implementação de condições materiais de existência digna, que permitam a cada cidadão o livre desenvolvimento de sua personalidade.¹⁵¹

A conjugação dessas duas perspectivas revela que a conceituação complexa de desenvolvimento que aqui se adota, nos termos da conformação previamente apresentada, encontra respaldo no sistema constitucional pátrio. Trata-se de uma compreensão que confere ampla relevância aos elementos humano e social. É a posição de Celso Furtado, quando, ao discorrer sobre as dimensões que integram o conceito de desenvolvimento, sustenta que além do aumento da eficácia do sistema produtivo e do alcance dos fins pretendidos pelos grupos sociais dominantes que concorrem na fruição de recursos escassos, encontra-se a satisfação das necessidades elementares da população. E sublinha que esta última dimensão não é obtida, automaticamente, em razão do incremento da eficácia da produção.¹⁵²

É precisamente esse aspecto - de agregar a satisfação das necessidades humanas como uma faceta primordial do conceito - que modifica o enfoque tradicional emprestado à temática, o qual se orientava basicamente pela questão da eficiência econômica.¹⁵³ E é também esse ponto que torna o tema do desenvolvimento como peça chave para a análise do objeto de investigação deste trabalho: o grau de exigibilidade dos direitos fundamentais econômicos e sociais, no marco de uma Administração Pública inclusiva, em meio ao embate entre as tendências do *Direito Administrativo neoliberal* e do *Direito Administrativo social*.

A dimensão humana e social do desenvolvimento, representada pela satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, só pode ser alcançada mediante um sistema adequado de implementação, por parte da Administração Pública, de prestações voltadas à realização dos direitos fundamentais sociais,¹⁵⁴ tais como educação,

¹⁵⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento... Op. Cit.*, p. 37 e 105.

¹⁵¹ FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível resignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: Flávia Piovesan; Inês Virgínia Prado Soares (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 180 e 193.

¹⁵² FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 22-23.

¹⁵³ RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento... Op. Cit.*, p. 19.

¹⁵⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 246.

moradia, alimentação, saúde, previdência e assistência sociais, entre outros.¹⁵⁵ Um exemplo da conexão inafastável entre desenvolvimento e os direitos econômicos e sociais revela-se no fato de que antigamente o cálculo do índice de desenvolvimento humano (IDH) se limitava a indicadores econômicos (PIB *per capita*), e atualmente engloba também indicadores sociais (educação e longevidade, diretamente ligada à saúde). Logo, o grau de satisfação desses direitos em determinado Estado reflete imediatamente no seu índice de desenvolvimento humano.

A partir dessa lógica é possível avaliar quão desenvolvida se encontra cada sociedade com supedâneo em indicadores do nível de realização dos direitos fundamentais sociais. Uma demonstração disso é a pesquisa empreendida por Sakiko Fukuda-Parr, Patrick Guyer, Terra Lawson-Remer, Susan Randolph e Louise Moreira Daniels, pautada em dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). O estudo foi feito com base em uma complexa fórmula utilizada para medir o grau de cumprimento de direitos econômicos e sociais, que leva em consideração os direitos à alimentação adequada, à moradia digna, ao trabalho decente e ao mais alto padrão possível de saúde. Foram analisados todos os Estados da federação brasileira. Nos resultados da pesquisa, concluiu-se que os Estados-membros que fazem o maior esforço para cumprir suas obrigações relativas aos direitos fundamentais econômicos e sociais são aqueles que conseguem, de forma mais efetiva, manter baixo o número de pessoas vivendo abaixo na linha da pobreza e reduzir as desigualdades de renda. Tendem também a ser mais intensamente urbanizados e ter um número menor de pessoas socialmente marginalizadas.¹⁵⁶

Essa correlação entre os altos níveis de satisfação dos direitos fundamentais sociais e a manutenção de um estágio de desenvolvimento elevado aponta para a impossibilidade de se conceber o desenvolvimento apenas como *liberdade*, e para a imprescindibilidade do papel interventor do Estado como promotor da *igualdade*, elemento nodal da concepção de desenvolvimento que se pode deduzir da Constituição de 1988. Como visto no tópico precedente, a mera *igualdade de oportunidades*, supostamente atingida quando fornecidas as condições mínimas de existência digna necessárias para o exercício das liberdades, é insuficiente para reduzir efetivamente as desigualdades entre as posições sociais, e assegurar assim a possibilidade de manutenção das melhorias obtidas em termos de qualidade de vida. E como assinalado há pouco, essa permanência das condições de bem-estar social alcançadas por conta do desenvolvimento - relacionada com a noção de *sustentabilidade* - consiste em um dos elementos que integra o próprio conceito.

Tome-se como referência a já clássica tese de Amartya Sen, que compreende o

¹⁵⁵ Seguindo tal raciocínio, Carla Rister relaciona o conceito de desenvolvimento com diversas passagens do Título VIII da Constituição brasileira, que versa sobre a Ordem Social. RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento... Op. Cit.*, p. 389-437.

¹⁵⁶ FUKUDA-PARR, Sakiko; GUYER, Patrick; LAWSON-REMER, Terra; RANDOLPH, Susan; DANIELS, Louise Moreira. Assessing State compliance with obligations to fulfill economic and social rights - A methodology and application to the states of Brazil. In: Flávia Piovesan; Inês Virgínia Prado Soares (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 450.

desenvolvimento como *liberdade*. O autor assevera que o fenômeno sob exame tem por objetivo eliminar as diversas formas de privação da liberdade, tais como “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”.¹⁵⁷ Com isso, defende que as liberdades se manifestam simultaneamente como finalidades do desenvolvimento e como meios para atingi-lo. Mas o conceito de liberdade por ele manejado é muito mais alargado do que a acepção comum emprestada a essa expressão.¹⁵⁸ Ele engloba entre as chamadas liberdades substantivas (*freedoms*) as capacidades básicas do indivíduo, tais como as condições para se evitar carências como a fome, a subnutrição e a morte prematura, e as liberdades relacionadas com as aptidões como ler, expressar-se, fazer cálculos e participar da política. Portanto, o termo liberdade em sua obra adquire conotação extremamente ampla, não se limitando (embora incluindo) às liberdades formais (*liberties*), comumente relacionadas aos direitos dos indivíduos de não sofrerem intervenções restritivas ao exercício dos seus direitos e faculdades legais.¹⁵⁹

Daí se percebe que se ao Estado competisse assegurar apenas a liberdade, quando concebida em um sentido mais restrito do que o empregado por Amartya Sen (como geralmente ocorre), não se alcançaria de forma efetiva o desenvolvimento, em razão da continuidade das *desigualdades* sociais. A abordagem de Sen só consegue identificar o desenvolvimento com a ideia de liberdade quando estende radicalmente essa noção¹⁶⁰, nela inserindo garantias que tradicionalmente não são consideradas como liberdades.

Nessa linha, embora a proposta do autor utilize o rótulo da *liberdade*, não há como negar que “esta, pura e simples, não vinculada à busca da efetividade dos mencionados direitos econômicos e sociais, poderá levar a uma sociedade fortemente inigualitária, mediante a concessão de direitos apenas do ponto de vista formal”. Por isso, torna-se necessário “aprofundar a abordagem da liberdade, associando-a à busca da igualdade”.¹⁶¹ É exatamente por isso que se propõe, neste trabalho, que o desenvolvimento seja associado à noção de *igualdade*, e não de *liberdade*.

A crítica a uma concepção de desenvolvimento como liberdade e a proposta substitutiva de compreendê-lo como igualdade guardam estreita relação com as ideias lançadas no tópico anterior. Ainda que a tese de Amartya Sen inclua as “oportunidades sociais” entre as *freedoms*, a opção pela liberdade como rótulo para explicar o desenvolvimento produz efeitos significativos em termos simbólicos, pois deixa transparecer uma ideologia liberal pautada em uma postura que embora considere o Estado relevante para o desenvolvimento, reputa-o subsidiário. É nesse sentido a crítica tecida por Emerson Gabardo à concepção desenvolvimentista de Sen, por

¹⁵⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade... Op. Cit.*, p. 18.

¹⁵⁸ O autor se refere a cinco tipos de liberdades: as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias de transparência e a segurança protetora. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade... Op. Cit.*, p. 25.

¹⁵⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade... Op. Cit.*, p. 52.

¹⁶⁰ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 329.

¹⁶¹ RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento... Op. Cit.*, p. 130.

entender que ela reflete “uma espécie de liberalismo fraco em que o desenvolvimento acaba muito mais ligado à idéia de que os homens devem possuir 'condições mínimas de satisfação' do que 'condições máximas de satisfação’”. Ou seja, a posição pressupõe que o Estado desenvolvido será “aquele que conseguir oferecer o mínimo necessário para que a sociedade exerça plenamente sua liberdade”.¹⁶²

Note-se, pois, que entender o desenvolvimento como liberdade implica aceitar a noção de *igualdade de oportunidades* como fator determinante dos fins do Estado, entendimento já refutado no tópico anterior. Tal ideário reputa como justas as desigualdades existentes entre as posições sociais, desde que a todos tenham sido proporcionadas as condições minimamente necessárias para exercer suas liberdades, por considerar que os ocupantes de postos desprivilegiados não lutaram para conquistar patamares mais altos na escala social, embora, em tese, pudessem fazê-lo. Essa racionalidade, como bem adverte Emerson Gabardo ao rechaçá-la, “esconde uma mentalidade elitista em que se justificam os privilégios a partir da categorização dos sujeitos como *wINNERS* ou *losERS*”, com base na qual, por muito tempo, justificou-se “que os pobres eram em regra imorais, alcoólatras, corrompidos ou no mínimo preguiçosos; agora seriam basicamente estúpidos ou pouco inteligentes - o que deve excluí-los naturalmente a partir da concorrência social”.¹⁶³

Em um Estado Social e Democrático como o brasileiro, o desenvolvimento reclama a sua associação a uma concepção material de igualdade, que não limite a incumbência do Poder Público a propiciar igualdade de condições no ponto partida, mas que também lhe outorgue o dever de agir em prol da redução das desigualdades da sociedade. E isso só é possível mediante uma atuação maximizada da Administração Pública com vistas à plena realização dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Não se ignora que a garantia do mínimo existencial é imprescindível. Ela se trata de condição necessária, mas insuficiente.¹⁶⁴

No modelo estatal perfilhado pela Constituição de 1988, é indispensável uma atuação interventiva do Estado com vistas à distribuição. Trata-se do conceito-chave do Estado Social.¹⁶⁵ E essa função primacial do Poder Público ganha relevo na realidade brasileira, marcada por acentuadíssimas desigualdades que só podem ser solucionadas através de uma repartição mais igualitária.

Na situação nacional, a grande causa que subjaz a esse cenário não repousa sobre uma ausência de recursos financeiros, especialmente diante do crescimento econômico vivenciado na última década. O problema principal consiste na grave crise de distribuição, demonstrada pelo fato de o Brasil ser um dos países dotado de maior desnível entre os mais ricos e os mais pobres da população,¹⁶⁶ situando-se entre os 12 países mais desiguais.¹⁶⁷ Ainda que na última década tenha havido reiteradas quedas

¹⁶² GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 330.

¹⁶³ GABARDO, Emerson. *Idem*, p. 330.

¹⁶⁴ GABARDO, Emerson. *Idem*, p. 341 e 344.

¹⁶⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento... Op. Cit.*, p. 106.

¹⁶⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 337.

¹⁶⁷ Dado extraído do site: <<http://oglobo.globo.com/economia/desigualdade-social-cai-pelo-12-ano-consecutivo-diz-fgv-4246915>>. Acesso em 15 jan. 2013.

dos índices de desigualdade de renda no país, informações do Censo 2010 demonstram que os 10% mais ricos no País têm renda média mensal trinta e nove vezes maior que a dos 10% mais pobres. Para que estes consigam reunir a renda média mensal daqueles (R\$5.345,22), teriam que juntar a sua remuneração mensal total (R\$137,06) durante três anos e três meses.¹⁶⁸

É nessa conjuntura que a tendência atual do Direito Administrativo pátrio caminha para o rechaço da corrente do *Direito Administrativo neoliberal* (que ganhou corpo na década de 1990) e para a consolidação contemporânea de um *Direito Administrativo social*. A formulação de uma política nacional de desenvolvimento reclama uma postura ativa e coordenadora do Estado, a qual “desapareceu das considerações governamentais com o neoliberalismo”.¹⁶⁹ O Poder Público não pode restringir-se a regular e fomentar os agentes econômicos privados. O art. 174 da Constituição impõe o dever de instituir um planejamento, mediante a conjugação de esforços entre os Poder Executivo e Legislativo, que logre concretizar os objetivos previstos no texto constitucional, vinculando as previsões orçamentárias à sua consecução.¹⁷⁰

Concorda-se com Emerson Gabardo, quando afirma não ser “apropriada a idéia de que o Estado deve ser subsidiário, muito menos de que deve se restringir à garantia de dignidade (ou seja, do mínimo para ser livre - mesmo que numa concepção elástica de liberdade)”, competindo-lhe, pelo contrário, “oferecer o máximo para os indivíduos”.¹⁷¹ E não se trata aqui de mera opção teórica ou orientação ideológica, mas de decisões políticas do constituinte brasileiro, traduzidas em normas jurídicas, conforme já demonstrado até aqui. A realização do bem-estar social, nos termos da Constituição Federal, reclama uma atuação estatal intervencionista. Por meio do planejamento, o Estado figura como o principal propulsor do desenvolvimento, através da coordenação dos agentes públicos e privados com vistas à transformação das estruturas socioeconômicas, à distribuição e descentralização da renda, e à integração social e política dos cidadãos.

Os diversos dispositivos do Título VIII, “Da Ordem Social”, que disciplinam as incumbências e competências quanto à concretização dos direitos fundamentais sociais, não estabelecem em momento algum uma atuação secundária ou acessória do Estado. Eles apenas permitem uma ação concertada entre Estado e sociedade civil, dirigindo a esta, em algumas matérias, deveres concomitantes àqueles encomendados ao Poder Público, sem conferir prioridade de atuação à iniciativa privada. Verifica-se em diversas passagens, como no campo da seguridade social (art. 194), da saúde (art. 196, *caput*, 198, II e 199, §1º), da assistência social (arts. 203, 204, *caput* e II) e da educação (arts. 205, 208, 209, 213 e 227), que o constituinte confere ao Estado “uma inafastável competência própria e direta para gerir o processo de desenvolvimento”, atribuindo à sociedade e à comunidade deveres de ação complementar.¹⁷²

¹⁶⁸ As informações foram colhidas no site: <<http://www.sedufsm.org.br/index.php?secao=noticias&id=351>>. Acesso em 15 jan. 2013.

¹⁶⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento...* Op. Cit., p. 66.

¹⁷⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Idem*, p. 76-77.

¹⁷¹ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 331.

¹⁷² GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 247.

Nos campos do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, a rejeição de um caráter subsidiário ao Estado conduz a significativas repercussões, mormente quanto ao dever de efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Como se viu, no período imediatamente posterior à promulgação da Constituição até os primeiros anos do século XXI, difundiu-se a tendência que aqui se chamou de *Direito Constitucional da efetividade*. O casamento dessa corrente com um *Direito Administrativo individualista*, herança da construção liberal desse ramo jurídico, levou a uma postura muitas vezes excessiva do Poder Judiciário, que apesar de bem intencionada e preocupada com a concretização dos direitos sociais acabou, muitas vezes, atrapalhando a sua realização universalizada pelo Poder Executivo. Essa tendência encontra-se orientada para a proteção dos direitos individuais contra o Estado, e “não para a implementação dos princípios e políticas consagrados na Constituição”.¹⁷³

Esse descompasso entre as formas e institutos clássicos do Direito Administrativo liberal, forjados no século XIX, e as necessidades prestacionistas do Estado Social¹⁷⁴ revela-se de maneira evidente quando se investiga o tema em apreço. E é neste ponto que aquele modo de encarar o Direito Administrativo colide com a atual tendência de um *constitucionalismo igualitário*. A consolidação de um *Direito Administrativo social*, que possa caminhar de forma harmonizada com a nova roupagem do Direito Constitucional, reclama o repensar de alguns dos dogmas da doutrina e da jurisprudência administrativistas, buscando-se um modelo dinâmico de Administração Pública inclusiva que, de um lado, assegure a realização efetiva dos direitos econômicos e sociais, e, de outro, aja com respeito ao princípio da igualdade. Não basta a concessão de tais direitos de forma individualizada pelo Judiciário. É preciso uma atividade administrativa racionalmente planejada.

E aqui entram as figuras do planejamento e das políticas públicas como instrumentos de promoção universalizada do desenvolvimento, contrapondo-se ao casuísimo judicial. No modelo de Estado Social, o governo não pode se limitar a gerenciar fatos conjunturais. A Constituição impõe o planejamento das ações futuras, por meio da formulação de políticas a serem implementadas a médio e a longo prazo. Para a execução destas, pressupõe-se uma racionalização técnica dos recursos disponíveis, que levem em conta, globalmente, os objetivos e programas sociais traçados pelo constituinte.¹⁷⁵ É essa a lição de Thiago Marrara, ao pontuar que “para atingir objetivos complexos e, simultaneamente, para lidar com os problemas de escassez de recursos das mais diversas ordens, o Estado, assim como o indivíduo, é obrigado a agir de modo racional e estratégico, fazendo considerações sobre o futuro”.¹⁷⁶

A promoção do desenvolvimento e a efetivação plena dos direitos fundamentais

¹⁷³ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento... Op. Cit.*, p. 77.

¹⁷⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Idem*, p. 59-60.

¹⁷⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Idem*, p. 57-58.

¹⁷⁶ MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 9-45, jul./set. 2011, p. 10.

econômicos e sociais, requisitos essenciais para o atingimento dos objetivos da República descritos no art. 3º da Constituição, não serão alcançados somente pela postura ativista do Poder Judiciário. Conquanto esta seja, muitas vezes, realmente necessária entre as diversas engrenagens postas à disposição do cidadão para a satisfação de suas necessidades constitucionalmente tuteladas, a realização de tais propósitos demanda a atuação programada de uma Administração Pública inclusiva. E isso se dá por meio do planejamento, que “coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística”.¹⁷⁷

Essa questão deve se tornar, dentro da tendência sob discussão, uma pauta prioritária do Direito Administrativo. A temática da concretização dos direitos econômicos e sociais não pode ser debatida apenas pelo Direito Constitucional, pois como visto até aqui, ela deve caminhar *pari passu* com a questão do desenvolvimento. Do contrário, haverá apenas uma implementação eventual e pontual de determinados direitos, sem que se alcance de forma igualitária e universalizada a elevação dos padrões de vida da população de forma duradoura e sustentável.

Nunca é demais lembrar que alguns dos primeiros passos para a busca do desenvolvimento no ordenamento jurídico nacional se deu com o Decreto-Lei nº 200/67.¹⁷⁸ Em seu art. 7º, o diploma prevê que “A ação governamental obedecerá a *planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteando-se segundo planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de governo; b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembolso*”.

O tema do desenvolvimento e dos direitos fundamentais econômicos e sociais deve, portanto, integrar a agenda do *Direito Administrativo social* hodierno, impactando sobre os tópicos essenciais desse ramo jurídico, tais como a organização administrativa, os serviços públicos, as políticas públicas e a intervenção do Estado na atividade econômica. Somente assim será possível transformar efetivamente as estruturas socioeconômicas da realidade brasileira, propiciando uma atuação estatal que não se limite a assegurar um mínimo necessário para o exercício das liberdades. Por imposição constitucional, impende que a Administração Pública assuma um perfil *inclusivo* e vá além, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e construindo, nos termos do art. 3º da Constituição, não apenas uma sociedade *livre*, mas também *justa* e *solidária*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de

¹⁷⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento... Op. Cit.*, p. 69-70.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Katia Cristine Santos de. O direito ao desenvolvimento, à assistência social e a Constituição da República de 1988. In: Flávia Piovesan; Inês Virgínia Prado Soares (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 548.

Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

AMARAL, Gustavo. *Direitos, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Fontes do direito ao desenvolvimento no plano internacional. In: Flávia Piovesan; Inês Virgínia Prado Soares (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Marco constitucional do Direito Administrativo no Brasil. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, nº 7, San José, p. 35-46, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Interesse Público*, nº 11, Porto Alegre, Notadez, p. 42-73, jul./ago. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: _____. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

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

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Intervenção judicial na saúde pública. Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais*. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 811.608/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.05.2007, DJ 04.06.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 6.564/RS, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 23.05.1996, DJ 17.06.1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada no Agravo

Regimental nº 175, Relator Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJe-076, divulgado em 29.04.2010, publicado em 30.04.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768, Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, Tribunal Pleno, julgado em 19.09.2007, DJe-131, divulgado em 25.10.2007, publicado em 26.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Petição nº 1246, Presidente Ministro Sepúlveda Pertence, Decisão Proferida pelo Ministro Celso de Mello, julgado em 31.01.1997, publicado em DJ 13.02.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 198.263, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 12.02.2001, publicado em DJ 30.03.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 342.413, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 14.10.2004, publicado em DJ 09.11.2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança nº 220/98, Rel. Del. Antonio Lindberg Montenegro, julgado em 17.12.1998.

CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de. *Impacto Desalocativo no Orçamento Público Estadual em Face de Decisões Judiciais*. Concurso IV Prêmio SOF de Monografias. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SOF/sof2011/arquivos/3_Lugar_Tema_2_Sebastiao_Helvelio_Ramos_de_Castro.pdf>. Acesso em 15 jan. 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: Carlos Henrique de Carvalho Filho (Org.). *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. O editor dos juristas. São Paulo: RT, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: Sérgio Sérvulo da Cunha; Eros Roberto Grau (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normoteorética. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, nº 45, Curitiba, SER/UFPR, p. 37-73, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DUBET, François. *Repensar la justicia social: contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. En torno al neoconstitucionalismo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 33-72, abr./jun. 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: Flávia Piovesan; Inês Virgínia Prado Soares (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FACHIN, Melina Girardi. *Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação*. São Paulo, 2013. 484 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

FINATTI, Deise Barbieri; VECHINI, Priscila Garbin. O perfil dos gastos destinados ao cumprimento de determinações judiciais no Município de Campinas. In: *XXIV Congresso de Secretários Municipais de Saúde do Estado de São Paulo*, 2010, Campinas - SP. Disponível em: < http://2009.campinas.sp.gov.br/saude/biblioteca/XXIV_Congresso_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_do_Estado_SP/Complexidadedaatencaobasica/O_Perfil_dos_gastos_Deise.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. *Igualdade de posição e de oportunidades: considerações em torno do princípio da diferença em John Rawls*. Trabalho apresentado no evento “Uma teoria da justiça’ 40 anos depois: Razão, Democracia e Constituição no legado político e filosófico de John Rawls”. Rio de Janeiro, 20 de outubro de 2011.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FUKUDA-PARR, Sakiko; GUYER, Patrick; LAWSON-REMER, Terra; RANDOLPH, Susan; DANIELS, Louise Moreira. Assessing State compliance with obligations to fulfill economic and social rights - A methodology and application to the states of Brazil. In:

-
- Flávia Piovesan; Inês Virgínia Prado Soares (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Contraponto/Centro Internacional Celso Furtado, 2009.
- FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GALEANO, Juan José. El principio de juridicidad. Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial. In: Julio Pablo Comadira; Miriam M. Ivanega (Coords.). *Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. Curitiba, 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.
- KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B.; KRISCH, Nico. El surgimiento del Derecho Administrativo Global. In: AAVV. *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2009.
- KLOSS, Eduardo Soto. *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*. t. II: El principio de juridicidad. Santiago: Jurídica de Chile, 1996.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 9-45, jul./set. 2011.

MARRARA, Thiago. As fontes do Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

MAURÍCIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEILÁN GIL, José Luis. *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*. Sevilla: Global Law Press/Editorial Derecho Global, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista de Direito Administrativo*, nº 212, Rio de Janeiro, Renovar, p. 57-70, abr./jun. 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O neocolonialismo e o Direito Administrativo brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, nº 17, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, p. 1-13, jan/mar. 2009.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Katia Cristine Santos de. O direito ao desenvolvimento, à assistência social e a Constituição da República de 1988. In: Flávia Piovesan; Inês Virgínia Prado Soares (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1977.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Curitiba, 2013. 270f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a 'Existem direitos sociais?' de Fernando Atria. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho administrativo global: un derecho principal. *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 76, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, p. 15-68, ene./abr. 2010.

SAGGESE, Federico. *El derecho a un nivel de vida adecuado*. Discurso jurídico y dimensión judicial. Perspectivas desde el Derecho Constitucional y Administrativo. La Plata: Librería Editora Platense, 2009.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo desenho (quase) lógico – vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; _____ (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1, Belo Horizonte, Del Rey, p. 607-629, jan./jun. 2003.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição – conexões e alguns dilemas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____ ; Daniel Sarmiento (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: Celso de Albuquerque Mello; Ricardo Lobo Torres (Orgs.). *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, Rio de Janeiro, p. 349-374, 2003.

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

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: António Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999.

Recebido em 21.04.2013

Aprovado em 10.05.2013