

Tutela jurisdicional dos direitos fundamentais prestacionais: mecanismos processuais e eficiência administrativa

Autor: Frederico Menezes Breyner

Advogado,
Professor de Direito Tributário da UNIFENAS – BH
Publicado na Edição 20 - 29.10.2007

1. Evolução do constitucionalismo e direitos fundamentais

Com a superação do modelo liberal, o Estado passou a intervir cada vez mais em campos antes reservados à esfera privada. A intervenção estatal na sociedade e na economia é legitimada pelos objetivos conferidos ao Estado, a exemplo da promoção da igualdade material e conseqüente redução das desigualdades sociais e econômicas. Em suma, a referida intervenção tem como objetivo primordial a garantia dos direitos fundamentais prestacionais, consistentes no dever do Estado em oferecer aos cidadãos e à comunidade prestações positivas.

Esses objetivos foram concebidos porque a auto-regulação da sociedade pelas leis naturais da economia somada à abstenção do Estado, ao invés de conduzi-la ao patamar esperado de liberdade e igualdade, provocou um profundo abismo social e grande desigualdade econômica.

Portanto, de modo a corrigir tais desigualdades e diminuir a espoliação dos desfavorecidos, o Estado, além de respeitar a esfera privada dos indivíduos, assumiu, principalmente frente aos hipossuficientes, o dever de oferecer prestações positivas para eliminar obstáculos socioeconômicos que impossibilitassem o alcance efetivo da igualdade e da liberdade. Foram consagrados então os direitos fundamentais de segunda geração, ou direitos sociais, correspectivos ao dever de prestações estatais positivas.

As normas que impõem ao Estado o dever de oferecer uma prestação não são homogêneas, fazendo com que aos diversos deveres prestacionais sejam atribuídos regimes jurídicos distintos.

Apesar da grande variedade na classificação e na denominação desses direitos,⁽¹⁾ em razão do corte metodológico aqui proposto e do embasamento advindo das classificações adotadas, afigura-nos suficiente determiná-los em razão de seu locus e conteúdo, tomando-

os por direitos prestacionais originários e derivados e direitos a prestações fáticas (materiais) ou normativas.

Direitos prestacionais originários são aqueles identificáveis quando

(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.**(2)**

Direitos prestacionais derivados são aqueles que os cidadãos usufruem e participam na medida em que institucionalizados pelo Poder Público, principalmente por meio de concretização legislativa.

Em suma, os direitos prestacionais originários são aqueles concedidos pelo constituinte originário, que retira dos poderes constituídos a possibilidade de deles dispor. Diferenciam-se dos direitos prestacionais derivados, que são formulados pelo constituinte originário, cabendo aos poderes constituídos sua institucionalização.

Já a segunda divisão relaciona-se com o conteúdo da prestação. As prestações fáticas implicam uma postura ativa do Estado de modo a garantir o efectivo exercício da liberdade, ou seja, são prestações que objetivam colocar à disposição do cidadão condições mínimas de subsistência (mínimo existencial), visando proporcionar uma vida digna e efectivo exercício dos demais direitos. Quanto às prestações normativas, direcionam-se principalmente ao Poder Legislativo em sua função legiferante e ao Executivo em sua função regulamentar, com o objetivo de proporcionar o devido regramento jurídico às normas constitucionais e legais que apontam determinado fim prestacional.

Posteriormente, com o advento dos direitos coletivos e difusos, denominados direitos fundamentais de terceira geração, foram positivados direitos "de titularidade coletiva, atribuídos genericamente a todas as formações sociais, tendo como princípio consagrador o da solidariedade entre os contemporâneos e entre gerações".**(3)**

Dessa forma, a previsão dos direitos de terceira geração "assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo gênero humano [...], qualificando-se como encargo que se impõe – sempre em benefício das presentes e das futuras gerações – tanto ao Poder Público quanto à coletividade em si mesma considerada".**(4)**

Nota-se, então, que o encargo na proteção desses direitos é imputado também ao Estado, que tem o dever legal de assegurá-los

através de ações, a exemplo da proteção do meio ambiente efetivada por obras públicas e políticas de conscientização e preservação. Os direitos de terceira geração apresentam dois pontos de contato com os direitos de segunda geração: a) impõe ao Estado o dever de oferecer prestações positivas e b) são pressupostos para que os cidadãos exerçam plenamente sua liberdade e sua igualdade.

Portanto, a expressão "direitos prestacionais" aqui analisada refere-se aos direitos prestacionais originários fáticos, de segunda e terceira geração, que objetivam a busca da real igualdade e liberdade, através de atuações do Estado que visam eliminar obstáculos ao pleno exercício dos direitos individuais, principalmente os socioeconômicos e ambientais.

Porém, mesmo a concepção das prestações positivas sofreu alterações quanto à sua extensão, imperatividade e exigibilidade.

A intervenção estatal no campo econômico-social pretendeu primeiramente corrigir as distorções advindas do liberalismo, trazendo consigo uma carga de justiça distributiva. Isso porque visou afastar os efeitos da primazia do livre capital sobre o trabalho, uma vez que os detentores do poder econômico dele se utilizavam para subjugar os desfavorecidos. Dessa forma, sob o dogma da não interferência do Estado na esfera negocial dos particulares, os poderosos manifestaram sua vontade no sentido de acumular para si a riqueza, sem que pudesse haver uma "contra-vontade" dotada da mesma força social e econômica. A concentração de bens excluiu vários segmentos sociais do processo econômico e político, impedindo, inclusive, a fruição de direitos individuais.

Sendo assim, num primeiro momento, o Estado Social descarregou todos os seus ideais no Poder Executivo e, conseqüentemente, na Administração Pública. Isso porque o chefe de Estado tinha a incumbência de, utilizando-se de seu poder diretivo da sociedade (legitimado, muitas vezes, pelos próprios cidadãos, a exemplo dos Estados Sociais Europeus), impedir e diminuir a desigualdade social e econômica com base nas normas constitucionais programáticas.

Porém, a confiança no Estado empreendedor e prestador de serviços foi abalada quando se percebeu que o dirigismo dos líderes, fundado em normas constitucionais desprovidas de imperatividade, não foi suficiente para cumprir com os objetivos a que se propôs. Então, de modo a superar a crise de legitimidade do Estado Social de Direito, concebeu-se o Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito tem por missão consolidar a transferência do poder da classe dirigente para os destinatários das

normas e do poder estatal, permitindo que os mesmos influenciem permanentemente as decisões, os atos e as ações estatais, por meio dos mecanismos de deliberação democrática.**(5)** Essa nova exigência constitucional provoca o surgimento de novos direitos, os de participação e transparência na gestão estatal, que tendem a elevar-se à categoria de direitos fundamentais de quarta geração.**(6)**

Diferentemente do Estado Social, cuja atuação se dava por meio de normas programáticas efetivadas pelos poderes constituídos para, dentro de sua visão, corrigir as distorções advindas do liberalismo, o Estado Democrático de Direito atua para garantir, preventivamente, os direitos básicos dos cidadãos positivados em normas jurídicas constitucionais, que são dotadas de imperatividade e eficácia.

Essa compreensão tem lugar no contexto do neoconstitucionalismo, cujas premissas são:

“(i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que a expressão carrega.**(7)**”

Com isso, os cidadãos obtêm garantias jurídicas para que possam exercer todas as suas liberdades jurídicas, influenciar e participar efetivamente do exercício do poder estatal.

Logo, o Estado Democrático de Direito representa, concomitantemente, uma revalorização da lei e do Direito, para que se garanta o cumprimento da vontade popular influenciadora de toda a criação estatal, em detrimento da vontade de uma ampla liberdade dos poderes constituídos.**(8)**

Dessa forma, como a nossa Constituição adota o modelo democrático de Estado de Direito (art. 1º), cumpre observar em seu texto as normas que imputam ao Poder Público o dever de oferecer prestações positivas, atribuindo aos cidadãos o direito subjetivo**(9)** de exigir a atuação, de forma a garantir o pleno exercício das liberdades e faculdades jurídicas. São elas: art. 6º (que abarca amplamente os direitos sociais); art. 144 (segurança pública); art. 196 (saúde); art. 205 (educação); art. 225 (meio ambiente ecologicamente equilibrado); art. 230 (amparo ao idoso); art. 226, §7º (direito a

recursos educacionais e tecnológicos necessários ao planejamento familiar); e art. 227 (amparo à criança e ao adolescente).

Os referidos dispositivos, ao estabelecerem o vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado, investindo o primeiro em direito subjetivo, não fazem menção à lei ou à regulamentação posterior, ou seja, reafirma-se que o poder constituído não pode dispor de tais direitos, senão agir para dar-lhes ainda mais efetividade. As funções legislativas e administrativas têm aqui a finalidade de propiciar a efetiva implementação de tais direitos, e não de outorgá-los, o que já foi feito pelo constituinte. Os poderes constituídos não podem, por inércia, revogar direitos definidos na Constituição, mormente quando a mesma não exige interposição legislativa como condição para fruição de tais direitos. **(10)**

2. Fundamentalidade dos direitos prestacionais

O caráter fundamental dos direitos prestacionais pode ser aferido tanto por uma compreensão formal (ou topográfica), quanto substancial.

O primeiro argumento se dá por uma análise do Título II da Constituição de 1988, denominado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". Mencionado título abrange o Capítulo I – "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos" (art. 5º), Capítulo II – "Dos Direitos Sociais" (arts. 6º a 11), Capítulo III – "Da Nacionalidade" (art. 12 e 13), Capítulo IV – "Dos Direitos Políticos" (arts. 14 a 16) e Capítulo V – "Dos Partidos Políticos" (art. 17).

Nota-se, então, que todos os direitos compreendidos no Título II da Constituição têm o status de direito fundamental, obtendo assim o atributo da aplicabilidade imediata **(11)** estampada no § 1º do art. 5º da Constituição. Isso porque referida norma refere-se aos direitos fundamentais, mesma terminologia utilizada no Título II.

Dentre os dispositivos do Título II, o art. 6º enumera direitos que dependem de uma atuação do Estado, principalmente da Administração Pública, para serem fruídos pelos cidadãos.

São então direitos fundamentais de aplicabilidade imediata, o que imputa ao Estado o dever de implementá-los. Portanto, a omissão estatal traduz-se em inadimplência perante aqueles que carecem dos bens jurídicos que são o conteúdo desses direitos. Nesse ponto, aplica-se a lição de CANOTILHO, que, embora refira-se ao Estado Português, encontra guarida em nosso ordenamento jurídico:

"Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem

econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um 'núcleo básico de direitos sociais' (minimum core of economic and social rights), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.”(12)

Na perspectiva substancial, a fundamentalidade dos direitos prestacionais é compreendida pelo fato de que, sem as mínimas condições de subsistência, os demais direitos, até mesmo os individuais, não são passíveis de exercício. São direitos que objetivam a busca da real igualdade e liberdade, por meio de atuações do Estado que visam eliminar obstáculos socioeconômicos ao pleno exercício dos direitos individuais. Devem ser preservados, pois foram priorizados pelo constituinte originário como fundamentais à verdadeira concretização dos direitos fundamentais de primeira geração, notadamente a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Por isso, abrangem também os direitos que formalmente não se encontram no Título II da Constituição, mas que apresentam tais características, o que é confirmado pela não-taxatividade prevista no art. 5º, §2º, da CF.

3. Direitos prestacionais e mínimo existencial: limites e possibilidades da tutela jurisdicional

As prestações positivas, concebidas primeiramente no Estado Social e mantidas no Estado Democrático de Direito com a variação acima apontada, visaram precipuamente à garantia do mínimo existencial, que encontra guarida em nosso ordenamento jurídico através do princípio da dignidade humana (arts. 1º, III, e 170, caput, da CF).

A primeira baliza que encontra o Judiciário ao determinar a implementação dos direitos prestacionais é a dimensão que os mesmos recebem diretamente da Constituição.

Para esta análise, podemos compreender os direitos prestacionais como círculos concêntricos.(13) A Constituição assegura imediatamente o círculo de menor raio, pois este é o espectro da decisão fundamental tomada pelo Constituinte originário,(14) é o núcleo indisponível(15) dos direitos fundamentais, impassíveis de restrição pelo legislativo e de desrespeito pela Administração Pública.

Os demais círculos, de maior raio, serão institucionalizados pelos Poderes Legislativo e Executivo através de deliberação política e democrática,(16) e sua sindicabilidade dependerá de regulamentação infraconstitucional.

O Poder Judiciário, ao tutelar os direitos prestacionais, encontrará limites no nível de institucionalização que receberam. Se a decisão se

fundar diretamente na Constituição, deverá se ater ao círculo de menor raio, ao núcleo indisponível e imediatamente sindicável dos direitos prestacionais. Caso tal núcleo tenha sido incrementado por legislação infraconstitucional, possibilitando sua sindicabilidade pelos cidadãos, o Poder Judiciário poderá transcender o círculo mínimo e adentrar o raio institucionalizado pelos poderes constituídos.**(17)**

Esta análise permite a identificação do núcleo fundamental dos direitos prestacionais como garantia do mínimo existencial, aspecto do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, como esses direitos são vinculados a um princípio (dignidade da pessoa humana), em verdadeiro imbricamento normativo, impõem à Administração o dever de tomar atitudes para que se atinja a finalidade posta na Constituição, qual seja, a concretização da dignidade da pessoa humana através da garantia do mínimo existencial.

Dessa forma, a prestação jurisdicional pleiteada deve considerar que "os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos".**(18)**

Portanto, é dado ao Poder Judiciário determinar que a Administração cumpra o seu dever prestacional colhido dentre as normas constitucionais, de modo a afastar a violação do direito prestacional no caso concreto deduzido em juízo e determinar a busca do fim posto pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pois "pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim é devido".**(19)**

Sendo assim, como a atividade jurisdicional prende-se à violação do direito que lhe foi levada a conhecimento através do direito de ação, caso a violação ao direito prestacional advenha de uma omissão administrativa, o juiz deverá emitir ordem endereçada à Administração Pública para cumprir seu dever prestacional, podendo, em face das circunstâncias, determinar o ato a ser praticado, caso seja ele o único que possibilite, no caso, a consecução da finalidade constitucional.**(20)**

Ocorre que, em respeito à separação de funções (art. 2º da Constituição), restará à Administração Pública a possibilidade de escolher os meios necessários ao efetivo cumprimento do seu dever ou ainda os meios e os recursos pelos quais praticará o ato. Esse entendimento possibilita atribuir efetividade aos direitos fundamentais sem descurar totalmente da separação de funções.

Porém, a violação ao direito prestacional não necessariamente decorrerá de uma omissão da Administração, mas sim de uma

insuficiência na atividade por ela desenvolvida para o alcance de suas finalidades.

Nesse caso, é necessário esclarecer que a escolha dos meios necessários ao cumprimento de seus deveres, que se consubstanciam nos fins deferidos constitucionalmente, é balizada pela proporcionalidade, que “se aplica apenas às situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim [....]”.**(21)**

Na esfera administrativa, pode a Administração Pública organizar sua máquina e determinar a implementação dos direitos fundamentais em ações dirigidas à coletividade como um todo, escolhendo, dentre as possibilidades existentes, qualquer meio adequado à promoção do fim a que está jungida, qual seja, a implementação dos direitos prestacionais. Na seara aqui analisada, a proporcionalidade deve ser examinada pela adequação. A tal conclusão se chega a partir das palavras de ÁVILA:**(22)**

“A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim.

[....]

Essas ponderações remetem à seguinte e importante pergunta: A Administração e o legislador têm o dever de escolher o mais intenso, o melhor e o mais seguro meio para atingir o fim, ou têm o dever de escolher um meio que ‘simplesmente’ promova o fim? A administração e o legislador têm o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim. Várias razões levam a essa conclusão.

Em primeiro lugar, nem sempre é possível – ou, mesmo, plausível – saber qual, dentre todos os meios igualmente adequados, é o mais intenso, melhor e mais seguro na realização do fim. Isso depende de informações e de circunstâncias muitas vezes não disponíveis, e a promoção satisfatória de seus fins também, se tivesse que, para tomar cada decisão, por mais insignificante que fosse, avaliar todos os meios possíveis e imagináveis para atingir um fim.

Em segundo lugar, o princípio da separação dos Poderes exige respeito à vontade objetiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo. A liberdade da Administração seria previamente reduzida se, posteriormente à adoção da medida, o aplicador dizer que o meio escolhido não era o mais adequado. Um mínimo de liberdade de escolha é inerente ao sistema de divisão de funções.”

Mesmo quando a Administração empreende mecanismos de implementação desses direitos, suas ações podem (e isso não raramente ocorre) deixar de lado algumas situações específicas, em que tais direitos não serão implementados. Aqui, a ação administrativa não será inválida, desde que se atinja o fim, restando àquele marginalizado a busca dos meios necessários à sua satisfação, dentro de suas peculiaridades.**(23)** Neste sentido, preceitua ÁVILA:**(24)**

“A medida será adequada se o fim for realizado na maioria dos casos com sua adoção. Mesmo que exista um grupo não atingido, ou casos em que o fim não foi realizado com aquela medida, só por isso ela não será considerada inadequada. Pode-se, ainda, exigir a ação de uma medida que seja individualmente adequada para promover o fim.”

Dessa forma, embora na esfera administrativa a Administração goze de um espectro maior de liberdade na decisão, quando a implementação de direitos fundamentais prestacionais é determinada pelo Judiciário, a Administração deve adotar o meio que elimine a violação ao direito requerido no caso concreto, dentro de suas peculiaridades.

Conclui-se que, sob qualquer ângulo, quando se analisa a implementação de direitos constitucionalmente garantidos, não há que se falar em poder discricionário pelo qual caiba à Administração a escolha entre agir e não agir. A inação não é uma possibilidade dada pela Constituição. A Administração tem o dever de agir, escolhendo, dentre as possibilidades, aquelas que promovam o fim da maneira que julgar mais adequada e eficiente, ou, em outras palavras, aquela atividade que propicie o maior nível de implementação dos direitos prestacionais.

Nesse ponto, toda a ação administrativa se dá em função de uma finalidade posta constitucionalmente: a implementação dos direitos prestacionais e garantia do mínimo existencial. Afirmando a primazia da finalidade sobre o poder discricionário, leciona BANDEIRA DE MELLO (1985:100-1)**(25)**:

“Nós no Direito Público, erradamente eu diria, ousou tomar a liberdade de dizer ‘erradamente’, queremos articular os institutos de Direito Público e os de Direito Administrativo em torno da idéia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da idéia de dever, de finalidade a ser cumprida. Em face da finalidade, alguém – o Poder Público – está posto em uma situação que os italianos chamam de doverosità, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outra fórmula para se atingir essa finalidade, para cumprir este dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar

ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. E o dever assinalado na lei, e a finalidade estampada na lei, colocam-se para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico.”

Confirmando a impossibilidade de se ter a discricionariedade da Administração como fator impeditivo de implementação de direitos fundamentais, o STJ e o STF, ao analisarem os direitos prestacionais à educação básica e infantil, também entenderam pela impossibilidade de oposição da discricionariedade administrativa à implementação dos direitos prestacionais. Isso porque, em face das normas definidoras de direitos, não há possibilidade, dada pela norma, de a Administração optar pela ação ou omissão. A ação administrativa, neste caso, é imposição constitucional. É ver os julgados:

“12. A determinação judicial desse dever pelo Estado não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração.

Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

13. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a redução das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.**(26)**

Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, §2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.**(27)**

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.”**(28)**

Nestes casos (de tutela de direitos prestacionais) não se cogita de ofensa aos princípios da separação de poderes, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Sendo assim, quando a Administração não exerce sua função, deixando com que sua omissão acarrete lesão ou ameaça de lesão a direito (inclusive prestacional), é função do Judiciário, se acionado, tomar as providências para afastar a lesão. Nas palavras de MORAES:(29)

“no Direito Brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são perfeitamente compatíveis entre si, pois, quando da atividade não vinculada da Administração Pública, desdobrável em discricionabilidade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, na denominada 'área de livre decisão' que lhe é reconhecida, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional [....].”

Além disso, a vinculação dos direitos prestacionais ao mínimo existencial permite balizar a tutela jurisdicional no sentido de somente se poder exigir da Administração sua implementação quando o cidadão não tiver meios próprios de garantir uma situação mínima de dignidade.

Assim, aqueles que tiverem condições financeiras têm sua dignidade e o mínimo existencial assegurados, carecendo de direito subjetivo à prestação,(30) o que acaba por resguardar o princípio da igualdade (tratar de maneira desigual os desiguais) e a consecução dos objetivos de eliminação de desigualdades e distribuição de riqueza (art. 3º, I e II, da CF).

Verificada a existência de direitos prestacionais, sua imediata sindicabilidade e as balizas para sua tutela por meio do Judiciário, dois temas ainda devem ser verificados: os meios processuais para sua reivindicação e a previsão jurídica de suporte financeiro para as referidas prestações.

4. Mecanismos processuais de tutela dos direitos prestacionais

Visto anteriormente que a Constituição impõe ao Estado o dever de prestações positivas aos cidadãos, constatada sua omissão ou a insuficiência das medidas por ele adotadas, correlatamente é o administrado investido em direito subjetivo para exigir judicialmente a prestação para garantia do mínimo existencial.

Na medida em que a Constituição outorga aos cidadãos este direito subjetivo, logicamente outorga diretamente ao Poder Judiciário meios suficientes à sua tutela, pois

“A outorga de uma ampla tutela jurídica é um princípio fundamental do Estado de Direito, sem a qual as normas jurídicas limitam-se a palavras no papel, meros conselhos ou normas morais.”**(31)**

Apesar de decorrer diretamente da Constituição o poder do juiz em imputar à Administração Pública o dever de implementar os direitos prestacionais, o legislativo, cumprindo seu mister de poder dirigido pelas finalidades constitucionais, elaborou alguns meios de tutela específica de tais direitos.

Essa elaboração legislativa decorreu da insuficiência teórica da classificação tripartite dos provimentos jurisdicionais em declaratórios, constitutivos e condenatórios, e da rígida separação entre o processo de conhecimento e de execução.

Os direitos prestacionais encontram sua correlação no campo processual na tutela específica de obrigação de fazer, contida em diversos diplomas legislativos.**(32)**

Concebeu-se então a tutela mandamental das obrigações de fazer e não fazer, em que o juiz, em vez de utilizar-se do clássico provimento condenatório, emite uma ordem para que a autoridade administrativa supra a omissão ou insuficiência verificada. Buscando maior efetividade do processo, a legislação processual contempla diversos dispositivos que regem essa tutela e outorgam ao juiz amplos poderes de coerção indireta para que sua ordem seja cumprida. Consagra-se assim o provimento de natureza mandamental, superando o provimento condenatório. Conforme MARINONI:**(33)**

“Note-se que a sentença condenatória abre a oportunidade para a execução, mas não executa ou manda; a sentença mandamental manda que se cumpra a prestação mediante coerção indireta. Na condenação há apenas condenação ao adimplemento, criando-se pressupostos para a execução forçada. Na sentença mandamental não há apenas a exortação ao cumprimento; e há ordem de adimplemento que não é mera ordem, mas ordem atrelada à coerção indireta.”

Dessa forma, constatada a omissão administrativa, pode ter lugar a tutela de obrigação de fazer em face do Poder Público. Ainda conforme MARINONI:**(34)**

“[...] havendo simples omissão, ou ocorrendo opção equivocada por uma das ações que, em princípio, seriam facultadas à Administração, cabe a tutela inibitória para impor o comportamento que, em virtude das peculiaridades do caso concreto, é aquele capaz de atender à finalidade legal. Mesmo em se tratando de faculdade, ou de

competência discricionária da Administração, havendo simples omissão (que é ilegalidade) ou opção ilegal por um dos caminhos que em princípio seriam facultados à Administração, abre-se a oportunidade para o uso da inibitória positiva.”

Os principais mecanismos que contemplam a tutela mandamental dos direitos prestacionais através da imputação de obrigação de fazer são a tutela específica ordinária (art. 461 do CPC), a tutela específica em defesa da criança e do adolescente (art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90), a ação civil pública**(35)** (arts. 3º e 11 da Lei 7.347/85) e o mandado de segurança (Lei 1.533/51).

Os três primeiros dispositivos citados, em que pese referirem-se à obrigação,**(36)** servem para a satisfação de qualquer direito a que corresponda um dever jurídico de fazer ou não fazer. É a posição pacífica da doutrina,**(37)** confirmada pela jurisprudência demonstrada ao longo deste trabalho, que utiliza essa tutela para a satisfação de direitos prestacionais desprovidos de conteúdo imediatamente patrimonial.

Outra característica comum**(38)** entre essas três previsões de tutela, em face da similaridade de seus textos, é a possibilidade de o juiz, de ofício, fixar multa**(39)** ao réu**(40)** em caso de descumprimento da ordem, como uma forma de coerção indireta**(41)** sobre esse para forçar o adimplemento da prestação decorrente de seu dever jurídico. Além disso, há também a previsão comum para que o juiz, visando ao cumprimento da obrigação de fazer, adote as medidas necessárias que assegurem o resultado prático equivalente à própria prestação.**(42)**

Com relação ao mandado de segurança, embora não haja, na Lei 1.533/51, dispositivo expresso de cominação de tutela específica de fazer, a exemplo dos outros dispositivos citados, sua utilização contra omissões do Poder Público é amplamente aceita.**(43)**

Por fim, cabe pontuar que não é pacífica a aplicação, em sede de mandado de segurança, das medidas de coerção indireta (a exemplo da imposição de multa, adoção de medida equivalente à prestação, etc.), uma vez que não há essa previsão na Lei nº 1.533/51. Porém, há doutrina que advoga a aplicação subsidiária do art. 461 do CPC, como é o caso de TALAMINI,**(44)** que cita precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Paraná quanto à cominação de multa em mandado de segurança.**(45)**

Porém, tanto no mandado de segurança quanto nas outras tutelas supramencionadas,**(46)** é certa a possibilidade de prisão do réu por descumprimento de ordem judicial, em razão do crime tipificado no art. 330 do Código Penal, observadas as garantias fundamentais.

5. Mecanismos processuais de tutela dos direitos prestacionais e o princípio da eficiência administrativa

Os dispositivos processuais acima referidos, na função de instrumentos a serem utilizados para impulsionar coativamente a Administração no cumprimento de seu dever de implementar os direitos prestacionais, sintonizam-se com o princípio da eficiência (art. 37 da Constituição). Isso porque, quando a inação não é uma possibilidade dada pela norma, a eficiência da Administração Pública somente poderá se verificar quando sua atuação obrigatória implicar o satisfatório atendimento às necessidades sociais.

Essa conclusão encontra apoio mais uma vez na lição de ÁVILA, ao lecionar que "eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos".**(47)** Logo, no caso aqui analisado, nenhum desses adjetivos poderá ser apostado à Administração Pública caso se mantenha inerte, afastando-se do princípio da eficiência.

Vinculando a eficiência administrativa à necessária atuação da Administração Pública com objetivo de satisfazer as necessidades sociais, assentou o STJ, no julgamento do MS 7765/DF, que:

"A Administração Pública e, conseqüentemente, os seus agentes, desimportante o seu nível hierárquico, estão adstritos, por expressa disposição constitucional (art. 37, caput), à observância de determinados princípios, dentre os quais se destaca o princípio da eficiência, inserido no dispositivo em virtude da alteração procedida pela Emenda Constitucional n. 19/98.

A atividade administrativa, dessa forma, deve desenvolver-se no sentido de dar pleno atendimento ou satisfação às necessidades a que visa suprir, em momento oportuno e de forma adequada. Impõe-se aos agentes administrativos, em outras palavras, o cumprimento estrito do "dever de boa administração."**(48)**

Em outra oportunidade o STJ, em voto proferido pela Min. Eliana Calmon no REsp 549.253/RS,**(49)** afirmou que o princípio da eficiência impõe à Administração Pública o dever de atuar, pois não é admissível que a sociedade fique à deriva, em espera infundável para que aquela cumpra seu dever de satisfazer as necessidades sociais contempladas em norma jurídica.

Conclusão decorrente desse entendimento é de que o Estado, portador do dever de atuar, deve fazê-lo de modo a alcançar a satisfação das necessidades sociais. Sendo assim, esses mecanismos

processuais de tutela das prestações positivas propiciam, além da implementação dos direitos prestacionais, a concretização do princípio da eficiência, que, tal como entendido, afasta a possibilidade da mora, insuficiência ou deficiência da atuação estatal.

Conclusão

Os direitos prestacionais são direitos fundamentais e imputam ao Estado o dever de empreender ações positivas para sua implementação. A inércia estatal configura ofensa ao direito fundamental do cidadão na medida em que impossibilita a obtenção de condições mínimas de vida (mínimo existencial), e assim o investe no direito subjetivo para exigir a prestação e assegurar sua dignidade.

A ordem jurídica brasileira oferece mecanismos processuais que possibilitam uma tutela satisfatória desses direitos, imputando ao Estado a obrigação de implementar os direitos pleiteados, possibilitando ainda a adoção de expedientes de coerção indireta para forçar a ação estatal.

Os mecanismos processuais que potencializam o Judiciário e o cidadão na garantia e na efetivação dos direitos prestacionais, ao serem utilizados, longe de incorrer em ofensa à separação de poderes e à discricionariedade administrativa, coadunam-se com o princípio da eficiência, pois são meios que propiciam a satisfação das necessidades sociais e individuais dos cidadãos.

Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales** (Theorie der Grundrechte). Trad. Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: 17 ago 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. v. 221:159-188. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. v. 1. n. 1. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2001.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública. Comentários por artigo** (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Ação Civil Pública - gizamento constitucional, Ação Civil Pública: Lei 7.147/1985 - 15 anos**. Org. Édis Milaré. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Maleiros, 1997.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica.** São Paulo: Landy Editora, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica:** (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Mandado de Segurança – Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data.** São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Poder Discricionário, **Revista de Direito Público**, ano XVIII, 76:99-109. out-dez de 1985.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública.** 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1 nº 1, 2001. p. 11 e ss. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer ou não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa** (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição.** v. V . 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Notas:

1. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001. p. 11 e ss.

Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 13 fev. 2006.

2. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 554.

3. SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 676.

4. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. MS n. 22.164-SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 17.11.2005, p. 39206.

5. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 160.

6. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 526-6. A nosso ver tais direitos são acolhidos positivamente em nossa Constituição, citando a título de exemplo: Preâmbulo; art. 1º, caput e inciso I; art. 9º; art. 14; art. 29, XIII; art. 34, VII, d; art. 37, § 3º; art. 58, IV; art. 74, § 2º; art. 84, XXIV; art. 165, § 3º; art. 194, VII, e art. 198, III.

7. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 240, p. 83, abr.-jun. 2005.

8. Confirma tal assertiva a seguinte passagem de STRECK: "O que diferencia o projeto do Estado Democrático de Direito é exatamente a revalorização do jurídico, como contraponto à plenipotenciariade da razão política que tantas seqüelas deixou. Como bem assinala Diaz, o Estado Democrático de Direito aparece como superação real do Estado Social de Direito." (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 165)

9. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 102-5.

10. O STF, analisando o direito constitucional relativo à saúde (art. 196 da CF), principalmente no caso de fornecimento de medicamentos, declarou que a previsão constitucional não necessita de previsão infraconstitucional para ser implementada. Neste sentido: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. RE 195192/RS. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 22.02.2000. Publicação: DJ 31.03.2000, p. 60; 2ª Turma. Ag. Reg. no Ag. Inst. 238328/RS. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 16.11.1999. Publicação: DJ

18.02.2000, p. 59; 2ª Turma. Ag. Reg. no RE 271286/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento:12.09.2000. Publicação: DJ 24.11.2000, p. 101; 2ª Turma. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 259508/RS. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 08.08.2000. Publicação: DJ 16.02.2001, p. 137.

11. Repise-se que, conforme exposto anteriormente, aqui está a se tratar apenas de direitos prestacionais fáticos e originários, ou seja, atribuídos diretamente pela Constituição, que não dependem da interposição de atividade legislativa (direito a prestações normativas).

12. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 470.

13. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 100.

14. BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. v. 221:159-188. Renovar: Rio de Janeiro, 2000, p. 175.

15. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 97.

16. BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. v. 221:159-188. Renovar: Rio de Janeiro, 2000, p. 178.

17. Tal entendimento não exclui, antes reafirma, o dever do legislador em expandir os direitos sociais para além dos limites máximos do mínimo existencial, estes já assegurados pela Constituição. A respeito, confira-se TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: o orçamento na Constituição, v. V. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 180-5.

18. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63.

19. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 72.

20. "Se o juiz concluir que a alternativa de não-agir representa ofensa aos direitos fundamentais ou preterição dos princípios gerais do Direito, infere-se que somente serão assegurados os direitos fundamentais e respeitados esses princípios se a conduta da Administração for positiva. Entretanto, o juiz nem sempre poderá dizer exatamente como a autoridade administrativa deverá agir" (MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 167).
21. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112.
22. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116-8.
23. Neste sentido João Bosco Leopoldino da Fonseca leciona que "uma medida de política econômica, por se endereçar a fatos concretos e, por isso mesmo, isolados, não consegue nunca gerar uma situação de satisfação generalizada. Os setores que, alcançados por aquela medida, se sentirem prejudicados, lançarão seus brados provocadores de mudança. E o Estado deverá certamente procurar adotar novas medidas no intuito de alcançar o equilíbrio" (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 28).
24. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 118.
25. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Poder Discricionário. **Revista de Direito Público**, ano XVIII, 76:99-109. out-dez de 1985, p. 100-1.
26. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. REsp. 718203/SP, Rel. Min. Luz Fux. Julgado em 06.12.2005, DJ 13.02.2006, p. 694.
27. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. RE 436.996/SP, Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 22.11.2005, DJ 03.02.2006, p. 77.
28. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. Ag.Reg. no RE 410715/SP. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 22/11/2005, DJ 03.02.2006, p. 76.

29. MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 111.
30. Segundo ALEXY, o direito subjetivo só nasce para o cidadão na medida em que não consiga, por ausência de meios, obter condições materiais de agir com liberdade e igualdade frente aos demais (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales** (Theorie der Grundrechte). Trad. Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 486)
31. BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. v. 221:159-188. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 167.
32. As últimas alterações legislativas consagraram a insuficiência do substitutivo das perdas e danos caso a obrigação de fazer imputada ao devedor não fosse satisfeita espontaneamente. Especialmente no caso dos direitos prestacionais, em que o que está em jogo é o mínimo existencial, o substitutivo das perdas e danos equivale à própria negativa de jurisdição, pois de nada valerá, para um cidadão que não tem condições mínimas de dignidade, aguardar os trâmites processuais-orçamentários para que o Poder Público lhe pague quantia em dinheiro por meio de requisição de pequeno valor ou, pior ainda, precatório.
33. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica**: (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 45.
34. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica**: (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 118.
35. O STJ entende que a ação civil pública e o mandado de segurança são instrumentos adequados para a proteção de direitos prestacionais. Discutia-se no caso o direito à educação infantil (creches): “a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. REsp 718.203/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 06.12.2005, DJ 13.02.2006, p. 694).

36. Tecnicamente, a expressão obrigação apresenta-se como espécie de dever jurídico cujo traço característico é a patrimonialidade.
37. TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer ou não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa** (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 125-7.
38. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública. Comentários por artigo** (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 73.
39. Art. 461, § 4º, CPC; art. 213, § 2º, do ECA e art. 11, caput, da Lei 7.347/85.
40. Com relação à aplicação desta multa à Fazenda Pública, o STJ assentou a jurisprudência pela sua possibilidade. É ver a seguinte ementa: "RECURSO ESPECIAL. FAZENDA PÚBLICA. FORNECIMENTO DE ATENDIMENTO HOSPITALAR E CIRURGIA PARA EXTRAÇÃO DE PEDRAS NO RIM. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. CABIMENTO. PRECEDENTES. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma. REsp 738511/RS, Rel. Ministro Franciulli Neto. Julgamento: 06.09.2005, DJ 21.03.2006, p. 117).
41. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica**: (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 71-5.
42. Art. 461, caput, do CPC; art. 213, caput, do ECA e art. 21, c/c art. 11 da Lei 7.347/85, c/c art. 84 do CDC.
43. O STF já julgou pela aplicabilidade do mandado de segurança para reprimir omissões indevidas do Poder Público. Confira-se o seguinte julgado: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma. RMS 23987/DF. Relator(a): Min. Moreira Alves. Julgamento: 25.03.2003. DJ 02.05.2003, p. 40. No mesmo sentido a lição de MEIRELLES: "Equiparam-se a atos de autoridade as omissões administrativas das quais possa resultar lesão a direito subjetivo da parte, ensejando mandado de segurança para compelir a Administração a pronunciar-se sobre o requerido pelo impetrante." (MEIRELLES, Helly Lopes. **Mandado de Segurança – Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32).
44. TALAMINI, Eduardo. A efetivação da liminar e da sentença no Mandado de Segurança. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 36. Ano 2001, p. 237. Disponível em:

<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito>. Acesso em: 25 maio 2007.

45. TJPR. MS 70.088-5, Rel. Des. Trotta Teles.

46. GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 285, 295 e 298.

47. ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. p. 23. Acesso em: 17 ago. 2006.

48. STJ, 1ª Seção. MS 7765/DF, Rel. Ministro Paulo Medina, julgado em 26.06.2002, DJ 14.10.2002, p. 183.

49. STJ, 2ª Turma. REsp 549253/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, julgado em 11.11.2003, DJ 15.12.2003, p. 283.