

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

NATALIA KOSLOV

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO NA EFETIVAÇÃO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

CURITIBA

2015

NATALIA KOSLOV

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO NA EFETIVAÇÃO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Curitiba

2015

## RESUMO

A proposta do presente trabalho é analisar a responsabilidade do Estado por omissão na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Para tanto, procuramos analisar a maneira como os direitos fundamentais sociais são abordados na Constituição Federal de 1988, bem como a aplicabilidade e a eficácia por esta atribuída. Passando por um estudo da justiciabilidade dos direitos sociais, defende-se a completa exigibilidade do mínimo existencial, afastando na hipótese argumentos como o do princípio da separação dos poderes e da reserva do possível. Ademais, defende-se a possibilidade e a legitimidade do controle judicial de políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais nas hipóteses de omissão estatal inconstitucional e a responsabilidade objetiva do Estado por omissão nos casos de danos causados pelo descumprimento de um dever estatal de proteger e garantir os direitos fundamentais sociais.

Palavras – Chave: Direitos fundamentais sociais; efetividade; responsabilidade do Estado; omissão inconstitucional;

## **ABSTRACT**

The purpose of this paper is to analyze the State's responsibility due to the omissions in the realization of fundamental social rights. Therefore, we seek to analyze how the social fundamental rights are addressed in the 1988 Federal Constitution, as well as the applicability and effectiveness of this assigned. Going through a study of the justiciability of social rights, we defend the full enforceability of the existential minimum, putting away in this cases arguments as the principle of separation of powers and the limits of the possible. Moreover, the possibility and legitimacy of judicial review of public policies for the realization of social rights in the event of unconstitutional state omission and State's liability for failing to act in cases of damages caused by the failure of a state duty to protect and guarantee fundamental social rights.

Key – Words: Fundamental social rights; effectiveness; State's responsibility; inconstitucional omission;

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ..	9
2.1. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988 .....	11
2.2. Os direitos sociais como direitos fundamentais .....	15
2.3. A eficácia dos direitos fundamentais .....	17
3. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA EXIGIBILIDADE .....	21
3.1. Multifuncionalidade dos direitos fundamentais e a classificação dos direitos a prestações .....	21
3.2. A justiciabilidade dos direitos sociais .....	24
3.3. A efetividade dos direitos sociais prestacionais frente à reserva do possível	29
3.4. Direitos fundamentais sociais e o “mínimo existencial” .....	32
4. O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS.....	40
4.1. O controle judicial das omissões estatais inconstitucionais .....	42
4.2. A implementação dos direitos fundamentais sociais por meio de políticas públicas e a judicialização da política .....	45
4.3. A responsabilidade do Estado por omissão em matéria de direitos sociais ..	49
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53



## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a responsabilidade do Estado na efetivação dos direitos fundamentais sociais nos casos em que a Administração Pública se mostra omissa. Neste sentido, estuda-se a possibilidade da efetivação dos direitos sociais prestacionais por meio do Poder Judiciário, que assume o papel de defensor das vítimas de um sistema excludente, que veem seus direitos mais básicos violados por uma conduta omissa ou ineficaz do Poder Público.

Partindo do pressuposto de que os direitos sociais, como o direito à saúde, à educação, à moradia, dentre outros, são direitos dotados de fundamentalidade, torna-se aplicável a eles o disposto no artigo 5º, §1º, que atribui aplicabilidade imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Da interpretação deste parágrafo, podemos extrair um dever de maximização da eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais. Nesta senda, possui o Poder Judiciário um importante papel para a garantia do cumprimento da vontade do Constituinte, evitando-se o esvaziamento do texto constitucional.

O advento do Estado Democrático de Direito trouxe consigo uma atuação mais independente do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional, que atual no sentido de fiscalizar e sanear eventuais omissões ou ineficiências incorridas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.<sup>1</sup> A atuação do Poder Judiciário é orientada pela noção de que os direitos fundamentais garantem ao seu titular um direito subjetivo de postular judiciamente sua pretensão individual, bem como a noção de que eles vinculam a atuação estatal para a sua defesa e promoção.

Todavia, esta crescente judicialização dos direitos sociais, principalmente dos direitos à saúde e à educação, implica na concessão de prestações fáticas e pontuais pelo Poder Judiciário, beneficiando as camadas sociais instruídas, que possuem acesso à justiça em detrimento da grande massa de excluídos que necessitam da prestação dos direitos sociais em seu nível mais básico.<sup>2</sup>

É a partir desta constatação que surgem os argumentos dispendidos para tentar impedir a atuação do Poder Judiciário na busca pela efetividade dos direitos

---

<sup>1</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin .**A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 54, p. 28-39, 2006, p. 37.

<sup>2</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 2010, p. 26.

sociais. Os principais são o princípio da separação dos poderes e a reserva do possível. Busca-se no presente trabalho, analisar os limites de tais argumentos, de modo a afirmar a legitimidade da atuação dos Tribunais, seja na condenação em ações individuais, restritas ou não ao mínimo existencial, seja no controle judicial das políticas públicas a serem desenvolvidas por parte Poder Público.

Ademais, procura-se fazer um estudo dos principais instrumentos constitucionalmente previstos, seja no controle de constitucionalidade abstrato ou concreto, para combater a violação dos direitos fundamentais sociais resultante da inação do Poder Público. Dentre eles, trabalhamos com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, o mandado de segurança individual ou coletivo, a ação popular ou ainda a ação civil publica.

Adiante, propomos a discussão acerca do controle judicial na implementação de políticas públicas para garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais, analisando sob a perspectiva do fenômeno da judicialização da política, que marca a transferência de decisões administrativas e legislativas aos Tribunais.<sup>3</sup>

Por fim, abordamos a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da responsabilidade do Estado por omissão, defendida por alguns autores como subjetiva e por outros como objetiva. Atravessamos o assunto mencionando os requisitos necessários para configuração de tal responsabilidade, de modo a ensejar a reparação do dano causado pela omissão das autoridades estatais.

---

<sup>3</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 8, n.1, Junho de 2012, p. 60

## 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os direitos fundamentais têm sua gênese no ideário constitucionalista do surgimento do Estado de Direito. Sua história é marcada pelo reconhecimento e salvaguarda da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. É nesse sentido que muitos afirmam ser possível relacionar a história dos direitos fundamentais com a limitação do poder e o surgimento do Estado Constitucional.<sup>4</sup>

Segundo Paulo Bonavides, os direitos fundamentais passaram a se manifestar na ordem institucional em três gerações<sup>5</sup> sucessivas. No plano internacional, todavia, a experiência foi concomitante. Os direitos civis e políticos – enquadrados nos direitos de primeira geração – foram reconhecidos no mesmo ano que os direitos sociais, econômicos e culturais – ditos de segunda geração-, através dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966.

Na fase inicial do constitucionalismo ocidental, as primeiras constituições escritas foram influenciadas pelo pensamento liberal-burguês do século XVIII, no qual prevalecia o caráter individualista. Os direitos fundamentais previstos nestes textos correspondiam a direitos do indivíduo frente à atuação do Estado, ou seja, direitos de caráter negativo, que propõem uma abstenção do poder público<sup>6</sup>. Dentre os direitos de cunho negativo, pode-se citar os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade formal (igualdade perante a lei).

Atribui-se a primeira dimensão dos direitos fundamentais aos direitos civis e políticos supracitados, previstos e defendidos pelas constituições instituídas no âmbito do Estado Liberal.

As ondas revolucionárias do século XIX, bem como o aumento da massa proletariada em um contexto de industrialização, geram uma crescente reivindicação por melhorias sociais que exigiam um comportamento ativo do Estado na realização

---

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012., p. 252.

<sup>5</sup> Acerca do assunto, importante mencionar as críticas dispensadas à utilização do termo “gerações”, eis que a progressão no reconhecimento de novos direitos fundamentais deve ser compreendida como um processo de caráter cumulativo, no sentido de complementariedade. O termo “gerações” causaria a impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, o que faz muitos autores preferirem a utilização do termo “dimensões”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem.*, p. 258)

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 581-582.

da justiça social. Consequentemente, supera-se o modelo estatal meramente individualista, com a transição a um modelo voltado aos direitos sociais<sup>7</sup>.

Contudo, é no século XX que os direitos de segunda geração são consagrados, mais especificamente nas constituições surgidas do segundo pós-guerra. São os direitos sociais, culturais e econômicos, fundados no princípio da igualdade<sup>8</sup>, que aqui toma o seu sentido material.

Com efeito, tais direitos fundamentais visam assegurar ao indivíduo prestações sociais por parte do Estado, dentre elas as prestações de assistência social, saúde, educação, moradia, trabalho, etc.. Ademais, muito embora os direitos sociais possuam esse cunho positivo, não podemos olvidar que eles não se resumem a isso. A segunda dimensão também engloba as denominadas “liberdades sociais”, como por exemplo o direito de greve, de liberdade de sindicalização, dentre outros direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores.

Outrossim, importante ressaltar que os direitos sociais quebraram com a percepção individualista dos direitos fundamentais, fundando o que Bonavides chama de teoria objetiva dos direitos fundamentais, a garantia de valores e princípios para a proteção das instituições.<sup>9</sup>

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, por sua vez, também conhecidos como direitos de solidariedade ou de fraternidade, transpassam a figura do indivíduo, sendo reconhecidos como direitos de titularidade transindividual, ou de titularidade difusa, coletiva. Dentre as causas para as novas reivindicações estão o impacto tecnológico, o processo de descolonização do pós-guerra, bem como a iminência de conflitos armados. São considerados direitos de terceira geração o direito à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à preservação do patrimônio histórico e cultural, dentre outros<sup>10</sup>.

Além das dimensões já trabalhadas, internacionalmente consagradas, Paulo Bonavides sustenta a existência de uma quarta e uma quinta dimensão dos direitos

---

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. *op cit.*, p. 261.

<sup>8</sup> Segundo Paulo Bonavides, os direitos fundamentais de segunda geração “Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula,” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, *op cit.*, p. 582)

<sup>9</sup> O autor parte dos escritos de Schmitt acerca das garantias institucionais. (BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 583)

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**, *op cit.*, 262.

fundamentais. Para o autor, a quarta dimensão seria fruto da globalização política, correspondendo aos direitos à democracia, à informação, ao pluralismo.<sup>11</sup>

Ainda, muito embora diversos autores entendam que tal direito integra a terceira dimensão, Bonavides defende que o direito à paz faria parte de uma quinta dimensão de direitos fundamentais, por entender ser de extrema relevância na esfera das relações internacionais, sendo merecedor de destaque mediante a inserção em uma nova e autônoma dimensão.<sup>12</sup>

Essa construção histórica e luta pela afirmação dos direitos do homem está diretamente ligada ao modelo de Estado adotado por uma sociedade em um determinado momento histórico<sup>13</sup>. O Estado Constitucional Democrático é o modelo que confere legitimidade aos direitos fundamentais, garantindo o processo de legislação e o exercício político. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de direito. Esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem dormas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O *Estado constitucional democrático de direito* procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito.”<sup>14</sup>

Dessa forma, os direitos fundamentais, premissa do regular exercício e desenvolvimento da democracia, são salvaguardados por um modelo de Estado constitucional, em que a preocupação é a defesa e garantia da estrutura normativo-constitucional a que ele é conformado.

## 2.1. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, *op cit.*, p. 584.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**, *op cit.*, p. 264.

<sup>13</sup> Segundo Norberto Bobbio: “Chamamos de “Estados de direito os Estados onde funciona regularmente um sistema de garantias dos direitos do homem: no mundo, existem Estados de direito e Estados não de direito.” (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 60).

<sup>14</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93.

Paulo Bonavides identifica, basicamente, três fases históricas do constitucionalismo brasileiro: a) o constitucionalismo do império, influenciado pelo modelo constitucional francês e inglês do século XIX; b) o constitucionalismo da Primeira República, com a adoção do modelo norte-americano de federalismo e presidencialismo e; c) o constitucionalismo do Estado social, inspirado na experiência alemã, com as Constituições de Weimar e Bonn.<sup>15</sup>

De acordo com o autor, a Constituição de 1988 pode ser considerada uma constituição do Estado social, por configurar uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder, buscando garantir efetividade jurídica a um extenso rol de direitos fundamentais previstos.<sup>16</sup>

Visualizando pelo prisma histórico, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 marcou o processo de transição do regime histórico rumo à democracia. Destarte, ante a uma relação de simbiose entre a democracia e os direitos fundamentais, o compromisso com tais garantias floresce, além das mudanças das relações políticas, sociais e econômicas, priorizando uma sociedade inclusiva, respaldada na dignidade da pessoa humana.<sup>17</sup>

A Carta de 1988 é qualificada como programática, o que significa dizer que, para além da organização do Estado e do estabelecimento de limites ao exercício do poder através da previsão de direitos negativos, o texto constitucional institui metas, objetivos e programas a encargo do Estado para a efetividade de direitos positivos. A consagração de suas normas programáticas é conferida no seu artigo 3º, através da enunciação dos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”.

A Constituição Federal de 1988 foi pioneira na utilização das expressões *Direitos e Garantias Fundamentais*, procurando configurar um gênero para as diversas espécies de direitos previstos em seu texto, tais como os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos.

No que diz respeito à alocação topológica dos direitos fundamentais, a Constituição de 88 também inova. Enquanto as constituições brasileiras anteriores iniciavam pela organização do Estado para só depois elencarem os direitos fundamentais, a nova Constituição traz, como em um gesto simbólico, os direitos e

---

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, *op cit.*, p. 373 e seguintes.

<sup>16</sup> *Ibidem.*, p. 383.

<sup>17</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 170.

garantias fundamentais logo no segundo título, indicando o reconhecimento da prioridade destes.

Nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, em estudo histórico comparativo do constitucionalismo brasileiro:

“ O sistema de direitos fundamentais é o ponto alto da Constituição. Ao lado de um amplo e generoso elenco de direitos civis e políticos, a Carta de 88 também garantiu direitos sociais – tanto trabalhistas como prestacionais em sentido estrito – e ainda agregou direitos de 3ª dimensão, como o direito ao patrimônio cultural (arts. 215 e 216) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). Ela se preocupou sobretudo com a efetivação dos direitos fundamentais, para que não se tornassem letra-morta, como, infelizmente, era costumeiro em nosso constitucionalismo.”<sup>18</sup>

Todas as normas constitucionais, a exceção do preâmbulo<sup>19</sup>, estão no mesmo grau de hierarquia. Isso implica na conclusão de que não há norma constitucional superior a outra. Todavia, é possível afirmar que nem todas as normas constitucionais recebem o mesmo tratamento. Não é porque estão no mesmo patamar hierárquico que elas possuem a mesma abordagem.

As normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais têm um regime constitucional diferenciado, atrelado ao momento da transição histórico-política por qual a constituição passou e, sobretudo, por causa do modelo de Estado adotado por ela.

Seguindo o conceito material, afirma-se existirem direitos que, por seu conteúdo, pertencem ao corpo fundamental da Constituição, mesmo não estando expressamente previstos originalmente pelo constituinte. Tal conceito reafirma o processo dinâmico e aberto do reconhecimento de direitos fundamentais. É o caso da previsão do art. 5º, §2º da CRFB, que marca a abertura do catálogo constitucional dos direitos fundamentais, dispondo que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

---

<sup>18</sup> *Ibidem.*, p. 172

<sup>19</sup> No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076/AC, o Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que o preâmbulo da Constituição não possui valor jurídico-normativo, tendo em vista que sua natureza jurídica é política, refletindo a posição ideológica do constituinte. Desta forma, o preâmbulo não é norma jurídica, tampouco constitucional, é apenas um conjunto de princípios políticos enunciados pelo constituinte, não servindo, portanto, de parâmetro para controle de constitucionalidade.

Nesta senda, é possível afirmar que existem dois grandes grupos de direitos fundamentais: os expressos e os implícitos. Dentre os direitos fundamentais expressamente positivados, temos os direitos elencados no Título II da Constituição Federal e os direitos esparsos pelo texto constitucional.<sup>20</sup>

Trata o Título II da Constituição Federal de 1988 dos direitos e garantias fundamentais, contando com os capítulos: i) dos direitos e deveres individuais e coletivos; ii) dos direitos sociais; iii) da nacionalidade; iv) dos direitos políticos; e v) dos partidos políticos.<sup>21</sup>;

Por outro lado, existem direitos fundamentais além dos previstos no Título II da Constituição, que por seu conteúdo e importância passam a ser equiparados aos direitos integrantes do Título reservado para os direitos e garantias fundamentais, e cuja avaliação dependerá da sensibilidade do intérprete. Na doutrina majoritária, é consenso considerar como direitos fundamentais esparsos pelo texto constitucional o direito ao igual acesso aos cargos públicos (art. 37, I), os direitos de associação sindical e de greve dos servidores públicos (art. 37, VI e VII), a garantia do exercício dos direitos culturais (art. 215), o direito à proteção do meio ambiente (art. 225), dentre outros.

Ademais, a constituição ainda prevê o controle sobre a atuação do poder reformador para a preservação e promoção dos direitos fundamentais, atribuindo a tais direitos o status de cláusula pétreia. Todavia, o inciso IV do artigo 60, §4º da Constituição Federal, dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir “os direitos e garantias individuais”.

A redação do referido dispositivo levanta indagações acerca de como proceder à sua interpretação. Questiona-se, principalmente, se a limitação material ao poder de reforma se daria tão somente para a proteção de direitos e garantias individuais – e, portanto, de primeira dimensão. Luís Roberto Barroso defende a interpretação ampliativa do termo “direitos e garantias *individuais*” utilizado pelo constituinte, fundamentando a sua posição no princípio da dignidade da pessoa

---

<sup>20</sup> Ingo Sarlet traz a problematização acerca da aceitação de direitos previstos na legislação infraconstitucional como direitos fundamentais. Segundo o autor, ao legislador infraconstitucional cabe o papel de concretizar e regulamentar os direitos fundamentais positivados na constituição. Ademais, o §2º do art. 5º não dá azo a uma interpretação de cunho extensivo, eis que se refere ao regime e os princípios adotados pela própria constituição, não utilizando a expressão “lei”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**, *op cit*, p. 272-273)

<sup>21</sup> Importante lembrar que parte minoritária da doutrina entende que nem todos os direitos previstos no Título II da Constituição Federal são realmente direitos fundamentais, apesar de assim designados pelo constituinte. Tal tema será melhor desenvolvido no item 2.2 do presente trabalho.

humana, princípio irradiador de todos os direitos materialmente fundamentais, merecedores de proteção contra o poder reformador, independentemente de sua posição formal, dimensão ou tipo de prestação que exigem.<sup>22</sup>

## 2.2. Os direitos sociais como direitos fundamentais

Os direitos sociais estão elencados, em sua maioria, no artigo 6º da Constituição Federal, que assim os prevê: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”<sup>23</sup>

Ademais, buscando a efetivação dos tratados internacionais sobre direitos econômicos, sociais e culturais com os quais o Brasil se comprometeu, a Constituição de 1988 ainda traz ainda algumas medidas que visam assegurar tais direitos e garantias. Dentre elas podemos citar a criação do o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, previsto no artigo 79, incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000, o comprometimento de dispêndio de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde e manutenção e desenvolvimento do ensino (artigo 198, §2º e artigo 212, da CF), bem como com a previsão de intervenção federal em caso de descumprimento da aplicação destes recursos mínimos exigidos (art.34, VIII, alínea “e” e art. 35, III, da CF).<sup>24</sup>

A constitucionalização de direitos e deveres em matéria social, mesmo que por uma parte minoritária da doutrina e jurisprudência, tem sido alvo de críticas e questionamentos acerca de sua fundamentalidade, seja no que diz respeito ao seu conteúdo ou ao seu regime jurídico.

Muito embora alguns críticos não questionem a legitimidade de tais direitos serem constitucionalmente previstos, levantam dúvidas acerca de sua condição como autênticos direitos fundamentais, tendo em vista que, uma vez tratados como tal, alude-se ao problema da eficácia e, conseqüentemente, de sua efetividade. Daí

---

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178-179.

<sup>23</sup> Redação dada pela recentíssima Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015, que introduziu o transporte como direito social.

<sup>24</sup> PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional**: em busca da superação de obstáculos. Dissertação de mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2008. Orientação: Prof. Gilmar Ferreira Mendes, p. 77

extrai-se a importância da presente discussão, eis que para fundamentarmos um estudo acerca da eficácia e efetividade dos direitos sociais, necessária se faz a investigação acerca da qualificação dos direitos sociais como fundamentais.

Ingo Sarlet, autor que defende a fundamentalidade dos direitos sociais, entende que é preciso superar a obsoleta classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, tendo em vista que os direitos sociais não são apenas aqueles de caráter positivo, mas por vezes assumem a feição de direitos negativos, como o direito de greve, livre associação sindical, entre outros.<sup>25</sup>

A inserção dos direitos sociais no Título II da Constituição Federal de 1988, intitulado “Dos direitos e garantias fundamentais”, demonstra o compromisso do Constituinte com a fundamentalidade de tais direitos. Trata-se de uma inovação relevante, tendo em vista que desde a Constituição de 1934 os direitos sociais eram enquadrados no título da ordem econômica e social.<sup>26</sup>

Todavia, não se está diante de uma concepção estritamente formal dos direitos fundamentais. Para além dos direitos fundamentais consagrados como tais pela Constituição, temos que levar em consideração a cláusula de abertura presente no artigo 5º, §2º, da CRFB, bem como a hierarquia fundamental e constitucional dos direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos, firmados e ratificados pelo Brasil. Desta forma, atribui-se aos direitos sociais o regime da dupla fundamentalidade própria dos direitos fundamentais, implicando também reconhecer a concepção material desses direitos e garantias.

Reforçando esta posição, a própria orientação do Supremo Tribunal Federal é no sentido do reconhecimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais<sup>27</sup>, demonstrando a importância da atuação do Poder Judiciário nesta matéria, na garantia do cumprimento da vontade do Constituinte, evitando o esvaziamento do texto constitucional. Ademais, para além do reconhecimento da fundamentalidade de

---

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 479-510, p.485.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 20.

<sup>27</sup> Neste sentido, apenas a título exemplificativo, podemos elencar as seguintes decisões: RE 658312/SC, Relator Min. Dias Toffoli, DJ de 09/02/2015; ARE 639337/SP, Relator Min. Celso de Melo, DJ de 14/09/2011.

direitos à saúde, à educação, à moradia, entre outros, o Tribunal atribui a eles condição de direitos subjetivos, tornando-os, portanto, exigíveis.<sup>28</sup>

Entretanto, não se pode olvidar que, apesar da fundamentalidade que une os direitos sociais na Constituição, tais normas possuem diferente estrutura deontológica quando comparadas aos demais direitos fundamentais. Isto porque podem tanto prever uma prestação de cunho positivo por parte do Poder Público, quanto estabelecer uma posição de defesa do indivíduo perante o Estado.<sup>29</sup>

Essa estrutura singular dos direitos fundamentais sociais enseja a discussão acerca de sua justiciabilidade, travando questionamentos acerca da eficácia e efetividade de tais normas, assunto que será analisado no decorrer do presente trabalho.

### 2.3. A eficácia dos direitos fundamentais

Ultrapassada a discussão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, defendida pela doutrina e jurisprudência majoritária, passamos agora a fazer algumas anotações acerca da eficácia dos direitos fundamentais como um todo, levando em consideração o tratamento constitucional da matéria.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a classificação tradicional<sup>30</sup> das normas constitucionais com relação à sua eficácia é incompatível no âmbito dos direitos fundamentais. Para o autor, todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, muito embora possuam eficácia plena, comportam restrição no momento de sua aplicação, através da regra da proporcionalidade, do sopesamento, da ponderação.<sup>31</sup>

Neste aspecto, devemos ressaltar a importância da norma contida no artigo 5º, §1º da Constituição Federal, relevante indicador da força jurídica privilegiada atribuída aos direitos fundamentais. Dispõe o referido parágrafo que: “as normas

---

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**, *op cit.*, p. 279

<sup>29</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 47.

<sup>30</sup> Trata-se da classificação tripartida das normas constitucionais, preconizada por José Afonso da Silva, que se dividem em: a) normas de eficácia plena, normas que possuem aplicabilidade direta, integral e imediata desde a sua entrada em vigor; b) normas de eficácia contida, que distinguem-se das anteriores por serem restringíveis, ou seja, possibilitam ao legislador infraconstitucional, por norma posterior, restringi-las e; c) normas de eficácia limitada, as normas consideradas não executáveis, que possuem aplicabilidade indireta, restringida e mediata.

<sup>31</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. In: Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4-23-51, out/dez, 2006, p. 38.

definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.”. Entendem-se aqui por normas definidoras não apenas as expostas no título reservado aos direitos e garantias fundamentais, mas também às demais normas assim consideradas que estão esparsas pelo texto constitucional.

Da exegese do disposto no §1º do artigo 5º da Constituição, extrai-se que há um dever de maximização da eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais, partindo-se de um dever de aplicação imediata de tais normas. Todavia, conforme ressalta Ingo Sarlet, tais premissas deverão de ser analisadas à luz do caso concreto e as circunstâncias da norma de direito fundamental que ele apresenta.<sup>32</sup>

No direito constitucional brasileiro, o regime jurídico dos direitos de defesa e dos direitos sociais é único, de modo que o disposto nos §§1º e 2º do artigo 5º da Constituição incidem de maneira isonômica.<sup>33</sup> Isso implica na conclusão de que os direitos fundamentais - sejam eles liberdades e garantias individuais, sejam eles direitos sociais – possuem aplicabilidade direta em toda a sua extensão.

A partir de um estudo comparado, nota-se que a realidade constitucional portuguesa é diferente, trazendo um regime jurídico distinto para direitos de liberdade (civis e políticos) e os direitos sociais, econômicos e culturais.

A Constituição Portuguesa de 1976 atribui aplicabilidade direta aos direitos, liberdades e garantias, sendo eles imediatamente eficazes e atuais, por via direta da Constituição, sem necessidade de mediação ou desenvolvimento legislativo.<sup>34 35</sup> Quanto aos direitos sociais, conquanto fiquem dependentes de conformação do legislador, a eficácia de suas normas não necessariamente estão disponíveis aos poderes componentes do Estado. Mesmo que alguns direitos sociais não sejam compatíveis a uma garantia imediata de seu cumprimento, é assegurado seu exercício, mesmo que seja quanto a um mínimo.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**, *op cit.*, p. 317.

<sup>33</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin .**A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 54, p. 28-39, 2006, p. 31.

<sup>34</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 438.

<sup>35</sup> É o que dispõe o artigo 18.º, n.º1, da CRP, *in verbis*: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”.

<sup>36</sup> AMARAL, Karina. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**: a eficácia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. In: Direito, Estado e Sociedade, n. 37, jul/dez 2010, p. 24.

Até mesmo no direito pátrio há teorias que defendem que as normas de direitos sociais são meros programas de ação governamental, e por serem normas programáticas, seriam despidas de eficácia imediata. De maneira contrária se posiciona o professor Clèmerson Merlin Clève, segundo o qual:

“O que se propõe é uma leitura desses direitos como verdadeiros direitos fundamentais. Quem somos nós para recusar a condição de direitos fundamentais para aqueles que o constituinte definiu como tais?

Deve-se partir do princípio de que tudo o que está na Constituição Federal obriga, importando retirar as consequências dessa afirmação para ultrapassar a doutrina que pretende extrair das disposições tidas por programáticas normas despidas de eficácia.

O artigo 6º da Constituição Federal não substancia norma programática (no sentido de despida de eficácia imediata), devendo ser considerada disposição de direito fundamental.”<sup>37</sup>

Da mesma maneira, ao classificar as gerações de direitos fundamentais, Paulo Bonavides<sup>38</sup> defendeu aos direitos de segunda dimensão (direitos sociais) o mesmo grau de justiciabilidade atribuído aos direitos de liberdade (primeira dimensão). Segundo o autor, os direitos sociais não devem ter a sua eficácia recusada pela mera justificativa do caráter programático de suas normas, que implicaria em eficácia meramente limitada.

Com efeito, mesmo as normas que impõe programas de ação não deixam de ter eficácia jurídica e algum grau de aplicabilidade. Quando da ausência de atuação do Poder Público, elas podem revogar normas anteriores que disponham em sentido contrário, ou ainda gerar a inconstitucionalidade de normas posteriores, servindo como parâmetro de constitucionalidade. Da mesma maneira, podem ser parâmetro de interpretação e aplicação das demais normas, além de ensejarem um direito subjetivo negativo ou ainda permitirem a direta exigência de certos direitos prestacionais<sup>39</sup>, como por exemplo, o direito de igual acesso e permanência na escola (artigo 206, I, da CF), ou ainda postular algum tratamento de saúde (artigo 196, da CF).

<sup>37</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin .**A eficácia dos direitos fundamentais sociais**, *op cit.*, p. 32.

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, *op cit.*, p. 583.

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 312 e seguintes.

Por outro lado, atribuir eficácia plena e aplicabilidade imediata às normas de direitos fundamentais não impedem eventual necessidade de interposição legislativa, estando essas normas sujeitas à regulamentação, até mesmo para restrição ou limitação.<sup>40</sup> É neste contexto que é travada a controvérsia acerca da possibilidade de se reconhecer o exercício de um direito subjetivo à fruição de direito prestacional com fundamento direto na constituição, sem a prévia interposição legislativa infraconstitucional.

---

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**, *op cit.*, p. 315.

### 3. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA EXIGIBILIDADE

#### 3.1. Multifuncionalidade dos direitos fundamentais e a classificação dos direitos a prestações

O direito constitucional brasileiro, como preconiza Clèmerson Merlin Clève<sup>41</sup>, é marcado por uma sucessão de ciclos no que diz respeito à efetividade das normas constitucionais. Da defesa da mera programaticidade das normas à dogmática constitucional da efetividade, que defende a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais. Atualmente, a doutrina se volta para a problematização desta efetividade atribuída aos direitos sociais, mormente gerada pelo giro do Poder Judiciário, que é clamado para garantir a concretização e cumprimento das normas constitucionais.

A polêmica acerca da efetividade dos direitos fundamentais advém da clara conexão entre o efeito jurídico das normas constitucionais e as valorações políticas. A partir disso, passa-se a se questionar a compreensão de direitos fundamentais e a se clamar por uma “desemocionalização do conceito de direitos fundamentais sociais”.<sup>42</sup>

Os direitos fundamentais são vistos por uma dupla perspectiva: subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva diz respeito à possibilidade do titular do direito fundamental de postular judicialmente sua pretensão individualizada. Por outro lado, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais vincula atuação do Estado para a defesa e promoção de tais direitos.<sup>43</sup>

Esta característica dupla dos direitos fundamentais demonstra que eles possuem diversas funções no ordenamento jurídico. Tal fenômeno é denominado pela doutrina como a multifuncionalidade dos direitos fundamentais<sup>44</sup>. Parte-se do pressuposto, portanto, que tais direitos não podem ser associados a uma única

---

<sup>41</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processo de integração**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Vol. 5, Ano 2004, p. 223 e seguintes;

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2 ed., 2015, p. 441.

<sup>43</sup> MONTEMEZZO, Francielle Pasternak. **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais sociais**: a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. Curitiba, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p.131-132.

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, *op cit.*, p. 141.

função, sendo que de cada direito podem ser extraídos múltiplos deveres. Robert Alexy utiliza a denominação “direitos fundamentais completos” para sinaliza-los como um feixe de posições jusfundamentais.<sup>45</sup> Em outras palavras, essas normas investem seu titular em uma gama de posições jusfundamentais, de diferentes conteúdos e estruturas, que podem assumir tanto uma posição de exigência de abstenção do Estado, como a de exigência de prestação, na qual deve o poder público proporcionar as condições materiais necessárias para o exercício de determinado direito.

A classificação dos direitos fundamentais, diversificadamente trabalhada pela doutrina, mostra-se de suma importância para o estudo da efetividade dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, tema do presente trabalho. Neste contexto, a teoria dos status, apresentada por Jellinek<sup>46</sup>, possui relevante importância e serve como fundamento para a classificação dos direitos fundamentais.

A teoria basicamente diferencia quatro status: a) o status passivo; b) o status negativo; c) o status positivo; e d) o status ativo. Segundo Jellinek, status seria uma forma de qualificação do indivíduo através de sua relação com o Estado.<sup>47</sup>

O status passivo, ou *status subjectionis*, seria a relação de sujeição do indivíduo – como detentor de deveres - perante o Estado, tomado aqui como detentor da competência de vincular o cidadão juridicamente através de mandamentos e proibições.<sup>48</sup> O status negativo, ou *status libertatis*, condiz a uma esfera individual de liberdade do indivíduo frente ao Estado, ou seja, liberdades jurídicas não-protegidas dentro das quais o Estado não pode interferir. Por sua vez, o status positivo, ou *status civitatis*, reconhece ao indivíduo a pretensão para recorrer ao aparato estatal para a garantia de seus direitos. Aqui se insere a capacidade protegida juridicamente para exigir prestações positivas do Estado.<sup>49</sup> Por fim, o status ativo, ou status da cidadania ativa, garante ao cidadão a possibilidade de participação na formação da vontade estatal.

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, *op cit.*, p. 249.

<sup>46</sup> Parte-se, aqui, da análise feita por Robert Alexy da obra “Sistema dos Direitos Subjetivos”, de autoria do publicista alemão Georg Jellinek, originalmente intitulada “*System der subjektiv öffentlichen Rechte*”.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, *op cit.*, p. 255.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, *op cit.*, p. 156.

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, *op cit.*, p. 264.

A partir dos estudos da teoria de Jellinek, Alexy propõe uma divisão dos direitos a prestações, baseando-se no conceito mais amplo de que todo direito a uma ação positiva do Estado será considerado um direito a uma prestação. Geralmente, o direito a prestações têm por objeto a tutela de bens econômicos, sociais e culturais que o indivíduo poderia obter também dos particulares, caso dispusesse de meios financeiros suficientes e caso houvesse no mercado uma oferta suficiente. Todavia, muito embora os direitos sociais sejam considerados os direitos a prestações por excelência, deve-se estender o conceito às prestações normativas.<sup>50</sup>

Nesta senda, o autor divide os direitos a prestações (em sentido amplo) em três grupos: a) direitos a proteções; b) direitos a organização e procedimento; e c) direitos a prestações em sentido estrito.

Na doutrina brasileira, Ingo Sarlet também defende uma posição de interdependência presente entre os direitos fundamentais, muito embora, para fins didáticos, utiliza-se da classificação destes direitos em direitos de defesa e direitos prestacionais na esteira da divisão de Alexy, partindo do critério funcional preconizado por Jellinek e levando em consideração a função predominante de cada direito.<sup>51</sup>

Robert Alexy afirma que todos os direitos a prestações, enquanto direitos subjetivos, fazem parte de uma relação triádica, configurada entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Por esse motivo, sempre que houver essa relação constitucional, o titular do direito fundamental terá a competência de exigir judicialmente esse direito.<sup>52</sup>

Os direitos de proteção são aqueles em que o Estado protege o titular de direitos fundamentais da intervenção de terceiros. Tais direitos, estando no âmbito dos direitos a prestações, abarcam a proteção por meio de normas de direito penal, de responsabilidade civil, de direito processual, por meio de atos administrativos e ações fáticas.<sup>53</sup> Portanto, distinguem-se os direitos de proteção dos direitos de defesa de tipo clássico, associados a ações estatais negativas.

Os direitos a organização e procedimento, por sua vez, dizem respeito ao direito a proteção jurídica efetiva, à criação de determinadas normas procedimentais

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 442.

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, *op cit.*, p. 166.

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, *op cit.*, p. 445.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 450.

que auxiliem na promoção, proteção e exercício dos direitos fundamentais. Acerca desta categoria, Ingo Sarlet ressalta que:

“a problemática dos direitos de participação na organização e procedimento centra-se na possibilidade de exigir-se do Estado (de modo especial, do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento. Em suma, trata-se de saber se existe uma obrigação do Estado neste sentido e se a esta corresponde um direito subjetivo (fundamental) do indivíduo.”<sup>54</sup>

Os direitos fundamentais sociais, principal foco do presente trabalho, estão alocados, segundo Alexy, na terceira categoria de direitos a prestações, os direitos a prestações em sentido estrito. Tal categoria engloba os direitos que o indivíduo possui em face do Estado a algo que também poderia obter perante particulares, caso possuísse os meios financeiros suficientes, ou ainda se houvesse a oferta suficiente no mercado.<sup>55</sup>

A definição dos direitos sociais, todavia, ultrapassa a noção de que seriam apenas os direitos que apresentam como objeto a garantia de uma prestação material do Estado para assegurar a realização da justiça social. Respeitando a vontade enunciada pelo legislador Constituinte, há que se levar em consideração os direitos sociais que asseguram que o Estado não obste o seu exercício, como o direito social de greve, previsto no artigo 9º da Constituição Federal, que não exige necessariamente uma prestação material do Estado, sobressaindo-se neste caso a primeira dimensão jurídica dos direitos fundamentais.

### 3.2. A justiciabilidade dos direitos sociais

O cerne da questão acerca da justiciabilidade dos direitos sociais é a grande divergência travada acerca da eficácia de tais direitos.<sup>56</sup> A doutrina trata do tema de maneira diversa, havendo os defensores da mera programaticidade das normas que consagram os direitos a prestações, bem como aqueles que os concebem como autênticos direitos subjetivos, de plena exigência.

<sup>54</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, *op cit.*, p. 197.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, *op cit.*, p. 499.

<sup>56</sup> Acerca da eficácia dos direitos fundamentais, leia-se o tópico 2.3 do capítulo anterior.

As normas constitucionais programáticas seriam aquelas normas jurídicas que preestabelecem um programa de ação para o Estado, deixando o legislador Constituinte de regular de imediato certo objeto, atribuindo ao legislador ordinário a incumbência de regular os modos e formas da respectiva atividade. Segundo Paulo Bonavides, a programaticidade das normas constitucionais está relacionada à tese dos direitos fundamentais, sendo que os direitos sociais foram inicialmente postulados em bases programáticas.

Neste sentido, o autor expõe a problemática trazida pela natureza jurídica destas normas, mormente quando à sua eficácia e juridicidade. Para ele, as normas programáticas, a partir de enunciações diretivas formuladas em termos genéricos e abstratos, acabam servindo de “pretexto cômodo à inobservância da Constituição”.<sup>57</sup> Diante disso, afirma Bonavides ser necessária a absorção da programaticidade das normas constitucionais pelo constitucionalismo social do Estado de direito:

“Atribuindo-se eficácia vinculante à norma programática, pouco importa que a Constituição esteja ou não repleta de proposições desse teor, ou seja, de regras relativas a futuros comportamentos estatais. O cumprimento dos cânones constitucionais pela ordem jurídica terá dado um largo passo à frente. Já não será fácil com respeito à Constituição tergiversar-lhe a aplicabilidade e eficácia das normas como os juristas abraçados à tese antinormativa, os quais, alegando programaticidade de conteúdo, costumam evadir-se ao cumprimento ou observância de regras e princípios constitucionais.”<sup>58</sup>

Acerca dos efeitos das normas programáticas, Luis Roberto Barroso afirma que eles bipartem-se em imediatos e diferidos. Os efeitos imediatos são desde logo sindicáveis, invalidando comportamentos que lhes sejam antagônicos, configurando um verdadeiro direito subjetivo “negativo” e um dever de abstenção por parte do Estado. Além disso, as normas programáticas conferem imediatamente ao administrado o “direito a obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por elas protegidos.”<sup>59</sup> Quanto aos efeitos diferidos, a produção de resultados é transportada para um momento futuro, fragilizando o controle exercitável sobre a efetivação da norma, eis que a realização

<sup>57</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, *op cit.*, p. 254.

<sup>58</sup> *ibidem*, p. 245.

<sup>59</sup> BARROSO. Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas...**, *op cit.*, p. 117.

do comando constitucional fica a disposição de critérios discricionários de conveniência e oportunidade, a serem cumpridos pelo Estado.

É neste sentido que entende Robert Alexy, para o qual os direitos fundamentais sociais, desde sua previsão, apresentam diversas possibilidades processuais-constitucionais, seja para a simples constatação de uma inconstitucionalidade, para a exigência de um prazo para atuação do legislador ordinário, ou até para a determinação judicial direta daquilo que é considerado obrigatório a partir da leitura da Constituição.<sup>60</sup>

Partindo disso, o autor afasta a ideia de que os direitos fundamentais são meramente programáticos, entendendo-os como direitos *prima facie*, isto é, são mandamentos de otimização regidos pela teoria dos princípios e, portanto, passíveis de ponderação.<sup>61</sup>

Muito embora o problema dos direitos sociais na Alemanha não parta da mesma base do problema brasileiro, eis que naquele país os direitos sociais não são positivados como se testemunha na realidade brasileira<sup>62</sup>, os apontamentos acerca da fundamentalidade e justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais trazidos por Alexy mostram-se perfeitamente pertinentes em nosso estudo.

Robert Alexy nos traz as objeções feitas aos direitos fundamentais sociais, as dividindo em dois argumentos complexos, um formal e um substancial. Segundo o argumento formal, partindo-se da ideia de que a decisão acerca do conteúdo dos direitos sociais é tarefa da política, a indefinição semântica e estrutural dos direitos fundamentais sociais leva ao deslocamento da competência dos legisladores, democraticamente escolhidos para tratarem de política social, ao Poder Judiciário. Tal argumento é geralmente fundamentado nos efeitos financeiros emanados dos direitos fundamentais sociais, eis que os grandes custos dos direitos trariam perturbações na política orçamentária.<sup>63</sup> Por outro lado, o argumento substancial contra os direitos fundamentais sociais sustenta que estes colidem com outras normas constitucionais materiais, seja com direitos de liberdade de terceiros ou do mesmo titular de direitos, sejam com outros direitos sociais.

---

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, *op cit.*, p. 514.

<sup>61</sup> Segundo Alexy, a diversidade de tais direitos “dá ensejo à suposição de que o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser resumido em uma questão de tudo-ou-nada”. (*Ibidem*, p. 502)

<sup>62</sup> QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na constituição brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 68.

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, *op cit.*, p. 507-508.

É nesta senda que o autor defende um modelo de direitos fundamentais sociais partindo do sopesamento entre princípios, levando em consideração a liberdade fática, os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além dos princípios materiais esparsos na constituição, não somente a liberdade jurídica de terceiros, mas também outros direitos sociais e interesses coletivos.<sup>64</sup> Isto porque, a existência de um direito não pode depender exclusivamente de sua justiciabilidade, basta que o direito exista para que ele seja judiciável.

Superada a visão de mera programaticidade das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais, com o reconhecimento de sua eficácia e justiciabilidade, surgem outras questões não menos preocupantes acerca do tema. Trata-se da problematização da excessiva judicialização dos direitos sociais, com o alarmante volume de ações judiciais individuais reivindicando do Estado ações positivas como maneira de efetivação do direito constitucionalmente assegurado. Desta forma, importante se faz problematizar o fato de que uma Constituição que acolhe os direitos sociais como direitos fundamentais, sendo tarefa do Estado a sua concretização, traz consequências na ordem jurídica e na vida jurídica dos seus cidadãos.

Uma vez existente a titularidade de um direito social, ao qual é reconhecido o status de direito fundamental, surge a possibilidade de ação judicial contra o Estado para reivindicar a prestação social correspondente, atribuindo ao Poder Judiciário a competência para decidir acerca da viabilidade desta prestação, independentemente de prévia decisão orçamentária por parte dos órgãos políticos legitimados para tanto.<sup>65</sup>

A concessão de prestações fáticas concretas e pontuais através do judiciário é considerada por Jorge Reis Novais como estratégia maximalista de realização dos direitos sociais no plano jurídico. Tal autor nos alerta para a inversão de valores presente nesta prática, eis que os beneficiados destas estratégias não são a grande massa de excluídos, em nome dos quais se desenvolveu a política de otimização dos direitos sociais, mas aqueles integrantes das camadas sociais instruídas,

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 512.

<sup>65</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...**, *op cit*, p. 26.

organizados sindicalmente, ou economicamente privilegiados.<sup>66</sup> Nas palavras do autor:

“verifica-se que mesmo quando o poder político está empenhado numa actuação dirigida à protecção social dos mais desfavorecidos, pode ver essas políticas públicas decisivamente comprometidas pela pressão desordenada e não programada das imposições de prestação concreta e pontual que o poder judicial lhe impõe a partir do deferimento de queixas e acções individuais multiplicadas por todo o país e que exigem uma mobilização não negligenciável dos recursos afectados à prossecução de uma política de realização dos direitos sociais no seu conjunto.”<sup>67</sup>

Principalmente no âmbito do direito à saúde, a reação do Poder Judiciário ao crescente número de ações individuais reivindicatórias de medicamentos tem sido uniforme e, até mesmo, automática. Os magistrados fixaram o entendimento de que o direito à saúde deve ser garantido em praticamente quaisquer situações, e normas administrativas, políticas públicas ou questões orçamentárias não podem configurar um óbice à garantia desses direitos. Muito embora seja notável a influência do ativismo judicial nos gestores de saúde para a ampliação do rol de medicamentos ofertados, a prestação jurisdicional deve guardar parcimônia, bem como buscar critérios para o julgamento de cada caso, sob pena de, ao tratar como absoluto o direito à saúde, provocar a inviabilidade do sistema.

Ao analisar a questão específica da judicialização excessiva do direito à saúde, Luís Roberto Barroso propõe uma racionalização do problema<sup>68</sup>, a fim de que sejam elaborados e aplicados critérios e parâmetros que norteiam a atuação jurisdicional em ações reivindicatórias de medicamentos. A colisão de princípios constitucionais - portanto, em posição de igualdade hierárquica-, não pode ser tratada na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso, com a ponderação entre os princípios e fatos relevantes diante de um caso concreto e suas peculiaridades. Com efeito, mister se faz uma análise fática e casuística para a averiguação de questões importantes que justifiquem a intervenção do judiciário, como a carência econômica do paciente, a prévia utilização de medicamentos mais simples e menos custosos e a pertinência do tratamento postulado.

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2006.p. 3.

Este entendimento é defendido também por Novais, para o autor português o juiz não deve decidir o caso concreto baseando-se em “argumentos relativos à bondade global da política de direitos sociais prosseguida pelo Estado ou em função de saber o que é melhor ou pior para a realização dos direitos sociais no seu conjunto”.<sup>69</sup> Deve o juiz delimitar, a partir de um estudo do caso concreto, o alcance do direito existente, deve investigar se há o descumprimento de um dever por parte do Estado, bem como se há inconstitucionalidade por omissão que enseje a prestação material.

Desta forma, pode-se afirmar que o juiz dificilmente se defronta com o problema global e abstrato dos direitos sociais. A resolução do “problema” dos direitos sociais exige o estudo do caso concreto, da viabilidade da exigência individual de uma prestação material do Estado, a partir da ponderação de valores e princípios que a seguir serão estudados.

### **3.3. A efetividade dos direitos sociais prestacionais frente à reserva do possível**

O reconhecimento do status de norma jurídica às normas constitucionais marca a mudança de paradigma ocorrida ao longo do século XX. Anteriormente, o Poder Judiciário não exercia papel de relevância para a realização do conteúdo da Constituição, que era considerada um documento essencialmente político, submetido à discricionariedade do Poder Público e à atuação do Poder Legislativo.<sup>70</sup> Indo mais além, as normas constitucionais não são apenas normas jurídicas, mas possui um caráter hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico. Todavia, importante perceber que a Constituição ordena e conforma o contexto social e político da realidade em que está inserida. Inevitável, portanto, a tensão permanente travada entre a previsão normativa e a realidade, que nos faz perceber as possibilidades e limites do direito constitucional.

O “otimismo juridicizante” e a “pretensão de normatizar o inalcançável” pode levar o intérprete a negar o caráter vinculativo da norma, prejudicando o reconhecimento da força normativa da Constituição. Deve-se viabilizar o cumprimento das ordens constitucionais na maior extensão possível, não podendo

---

<sup>69</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...**, *op cit.*, p. 30.

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo...**, *op cit.*, p. 218.

ser alegada a falta de normatividade. Eventual impossibilidade fática ou jurídica deve o intérprete analisar a situação concreta, considerando conceitos como a reserva do possível, princípios orçamentários, separação dos poderes, dentre outros.<sup>71</sup>

Ao se trazer para a discussão os aspectos econômicos da realização dos direitos fundamentais, pode-se perceber a influência da doutrina neoliberal perante o constitucionalismo. Os autores americanos Stephen Holmes e Cass Sunstein, na obra *The Cost of Rights*, trabalham com a dimensão econômica do custo dos direitos.<sup>72</sup> A partir do momento que se reconhece a exigibilidade pela via judicial dos direitos, estes passam a representar custos a serem suportados pelo Estado e, conseqüentemente, pela sociedade em geral. Todavia, importante neste momento afastar a percepção de que apenas a efetivação de direitos sociais implica em custos ao poder público, sendo os direitos de liberdade considerados economicamente irrelevantes. A alocação de recursos materiais e humanos dispendida para a implantação e proteção de direitos de liberdade e direitos de defesa é significativa, vez que também exige do Estado medidas positivas. Desta forma, conclui-se que todos os direitos fundamentais podem implicar em custos para o poder público.<sup>73</sup>

Ingo Sarlet identifica na reserva do possível uma dimensão tríplice. Tem-se, primeiro, (i) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, referente à limitação dos recursos existentes, que exprime a possibilidade fática. Ademais, a reserva do possível abrange (ii) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos que o Estado, como destinatário em geral da norma, deve ter. Trata-se da distribuição de receitas, competências tributárias, legislativas, orçamentárias, entre outras. Por fim, a reserva do possível envolve (iii) o problema da proporcionalidade da prestação, através da perspectiva do titular do direito subjetivo a prestações sociais.<sup>74</sup>

Conforme mencionado no tópico anterior, Alexy nos apresenta o argumento formal utilizado como objeção aos direitos fundamentais sociais, que defende que, quando nos deparamos com uma indefinição semântica e estrutural dos direitos sociais, a decisão do seu conteúdo caberia ao legislador, diretamente legitimado pelo povo, em respeito ao princípio democrático e à separação dos poderes. Neste

---

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>72</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais...**, *op cit.*, p. 185.

<sup>73</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, *op cit.*, p. 285.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 286-287.

sentido, o Poder Judiciário só poderia intervir na questão caso já houvesse regulamentação pelo Poder Legislativo. Segundo o autor, este argumento ganha peso especial tendo em vista os efeitos financeiros causados pelos direitos fundamentais sociais. Isto porque o reconhecimento de direitos fundamentais abrangentes e judicialmente exigíveis “conduziria a uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária.”<sup>75</sup> Ademais, o argumento substancial nos alerta para a possibilidade de colisão dos direitos fundamentais sociais com outras normas materiais da constituição. Acerca da questão, Robert Alexy não nega que:

“Todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos. Para a realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe dos outros, por exemplo na forma de impostos e taxas. Mas isso significa que os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais.”<sup>76</sup>

Ademais, a ideia de jusfundamentalidade dos direitos sociais pode, por vezes, resultar na distorção da realização destes direitos em seu conjunto, tendo em vista os limites inescapáveis impostos pela reserva do financeiramente possível a eles inerentes.<sup>77</sup> Todavia, segundo Ana Carolina Lopes Olsen, a condição de impor ao julgador a observância da disponibilidade de recursos é ideologicamente manipulada, visto que serve como argumento legitimador da negligência dos poderes públicos na alocação dos recursos econômicos para a efetivação dos direitos fundamentais. É comum tomar a escassez de recursos como algo insuperável, vinculando a decisão dos magistrados sem a devida análise do caso concreto <sup>78</sup>, servindo como um argumento impeditivo da intervenção judicial. Diante disso, a reserva do possível deve ser encarada com reservas, cabendo ao poder público comprovar a indisponibilidade dos recursos, bem como o não desperdício dos recursos existentes, através da efetiva alocação deles. Só diante da comprovação destes requisitos é que os direitos fundamentais deverão ser afastados em detrimento da reserva do possível.

---

<sup>75</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, *op cit.*, p. 508.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 510

<sup>77</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...**, *op cit.*, p. 28.

<sup>78</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais...**, *op cit.*, p. 311-312.

### 3.4. Direitos fundamentais sociais e o “mínimo existencial”

O regime jurídico instituído pelo sistema constitucional brasileiro pode ser considerado protetivo aos direitos fundamentais, seja pela a previsão de cláusulas pétreas, que impedem a edição de emendas constitucionais tendentes a aboli-los, seja na previsão de aplicação imediata do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, que os protege de eventuais omissões estatais.

Todavia, conforme visto anteriormente, a doutrina não é unânime no que se refere a quais direitos estariam submetidos a este regime jurídico protetivo, principalmente quanto aos direitos sociais. Enquanto alguns defendem a total exclusão dos direitos sociais do âmbito de proteção do regime jurídico dos direitos fundamentais, outros entendem pela limitação da aplicação deste regime, reservando-o para os direitos econômicos e sociais coincidentes com o mínimo existencial.<sup>79</sup>

Pode-se afirmar que mínimo existencial implica o respeito de uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. Entretanto, muito embora seja comum fazer referência ao conceito de mínimo existencial ao tratar do tema da exigibilidade judicial dos direitos sociais, importante ressaltar que o mínimo existencial com estes não se confunde. A defesa dos direitos fundamentais sociais, mormente no que diz respeito a sua eficácia, não pode ser contemplada a partir de uma noção reducionista norteadas pelo mínimo existencial.<sup>80</sup> Há na doutrina quem defenda que o mínimo existencial seria exigível judicialmente, enquanto que os direitos sociais requerem uma realização através da concretização de políticas públicas e debates políticos realizados democraticamente pelo Estado pelos agentes legitimados para tanto, não sendo os direitos sociais, portanto, garantidos através do poder judicial.

---

<sup>79</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais:** distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 207-208.

<sup>80</sup> Segundo o Clèmerson Clève: “os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta a Constituição, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade).” (CLÈVE, Clèmerson Merlin . **A eficácia dos direitos fundamentais sociais...**, *op cit.*, p. 27)

Nesta senda, Ricardo Lobo Torres, autor pioneiro no tema no Brasil, define o mínimo existencial como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto da intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.”<sup>81</sup> A diferenciação com os direitos sociais se dá, segundo o autor, uma vez que o mínimo existencial é condição necessária para o exercício da liberdade, enquanto que os direitos econômicos e sociais se apoiam na ideia de justiça social<sup>82</sup>.

Outrossim, Torres faz referência à teoria do status ao afirmar que o mínimo existencial, ao implicar mutualmente na proteção constitucional positiva e negativa, cumula o *status negativus* e o *status positivus*. O primeiro está fundamentado no direito de liberdade, no poder de autodeterminação do indivíduo perante o Estado. O *status negativus* do mínimo existencial se manifesta principalmente no campo tributário, por meio das imunidades fiscais, eis que o Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do indivíduo. O *status positivus libertatis*, por sua vez, representam as prestações estatais necessárias para garantir o mínimo existencial, ou seja, que visam garantir as condições de liberdade do cidadão. É neste ponto que o autor diferencia tal status do *status positivus socialis*, próprio dos direitos fundamentais sociais. Segundo o autor, “o *status positivus socialis*, ao contrário do *status positivus libertatis*, se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, sob a ‘reserva do possível’ ou na conformidade da autorização orçamentária”<sup>83</sup>, enquanto que o *status positivus libertatis* gera a obrigatoriedade da prestação positiva do Estado, independentemente destes fatores, uma vez que condiz ao mínimo existencial. Desta forma, é possível afirmar que na concepção do autor, enquanto os direitos sociais estão sujeitos à pura discricionariedade do administrador público para a formulação de políticas públicas, os direitos ao mínimo existencial seriam os direitos subjetivos passíveis de ser acionáveis pela via judicial.

Segundo Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial pode ser explicado como o conjunto de situações materiais que são indispensáveis para uma existência

---

<sup>81</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. In: Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro (42), 1990, p. 69

<sup>82</sup> Importante anotar que Ricardo Lobo Torres, não defende a fundamentalidade dos direitos sociais para além do mínimo existencial. (TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 274).

<sup>83</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais...**, *op cit.*, p. 70.

humana digna.<sup>84</sup> Com efeito, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial são noções indissociáveis. Quando este é desrespeitado, através de uma conduta negligente do Estado, tem-se uma violação direta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

De mais a mais, para assegurar a dignidade da pessoa humana é vital possibilitar ao indivíduo a plena fruição dos direitos fundamentais, para que seja possível o pleno desenvolvimento de sua personalidade.<sup>85</sup> Desta forma, pode-se afirmar que o conceito de mínimo existencial não se limita à garantia da sobrevivência física, ou seja, um mínimo vital ou fisiológico, mas também engloba o exercício dos demais direitos fundamentais necessários para a inserção do indivíduo na vida social, denominado mínimo existencial sociocultural.<sup>86</sup> Importante, todavia, fazer a ressalva de que o conteúdo dignidade da pessoa humana não se esgota no mínimo existencial, sendo este apenas o responsável por assegurar ao menor um núcleo essencial de dignidade.

O mínimo existencial pode ser considerado uma criação jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, inaugurada em 1975. Trata-se de uma solução para a realidade constitucional daquele país, eis que não existe a previsão expressa de um rol de direitos sociais.<sup>87</sup> Reconheceu-se, portanto, que a assistência aos necessitados faz parte das obrigações do Estado Social, que deve assegurar-lhes ao menos as condições mínimas para uma existência digna, devidamente integrada a comunidade<sup>88</sup>.

Desta forma, pode-se concluir que o direito ao mínimo existencial pode ser prontamente exigido do Estado, independentemente de previsão legal ou até mesmo constitucional, uma vez que sem condições mínimas de saúde, moradia, educação, alimentação, etc., sequer é possível o exercício dos direitos fundamentais clássicos, dentre eles os direitos de liberdade.

---

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existência e justiça constitucional**: algumas aproximações e alguns desafios. In: Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, dez. 2013, p. 34.

<sup>86</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...**, *op cit.*, p. 195.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 197-198.

<sup>88</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión**. Estudios Constitucionales, Santiago, año 12, n. 1, jan./jun. 2014, p. 290.

Alexy defende a garantia da liberdade fática através dos direitos fundamentais sociais. Para o autor, a liberdade fática se diferencia da liberdade jurídica, vez que significa a real possibilidade de fazer ou deixar de fazer algo dentro das alternativas permitidas. Portanto, seria de importância vital para o indivíduo não viver abaixo do mínimo existencial, não estar condenado pelo desemprego a longo prazo e ainda estar em consonância com a vida cultural de seu tempo.<sup>89</sup>

Ademais, trata-se o mínimo existencial de direito fundamental implícito no texto constitucional, decorrente da dignidade da pessoa humana. Isto porque, conquanto careça de previsão constitucional expressa, é reconhecido através da cláusula de abertura material do rol de direitos fundamentais, prevista no artigo 5º, §2º da Constituição Federal, que possibilita a existência de direitos materialmente fundamentais, além dos que estão elencados no título II ou ainda esparsos pela Carta Maior.

Frequentemente, a doutrina brasileira se refere ao mínimo existencial como sendo o “núcleo essencial” dos direitos fundamentais sociais, o que gera muitas repercussões para a exigibilidade perante o Judiciário das prestações materiais que eles englobam. Ana Paula de Barcellos se refere ao mínimo existencial como um “subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais menor – minimizando o problema dos custos – e mais preciso – procurando superar a imprecisão dos princípios. E mais importante, que seja efetivamente exigível do Estado.”<sup>90</sup>

Segundo Clèmerson Merlin Clève<sup>91</sup>, o mínimo existencial implicaria em uma “dimensão prestacional mínima dos direitos sociais”. Todavia, aduz que estabelecer o conteúdo deste mínimo não é tarefa fácil, eis que os direitos fundamentais não são absolutos, cabendo ao juiz proceder à ponderação dos bens constitucionais, princípios e direitos pertinentes no caso concreto, de modo a alcançar a melhor decisão.

É neste sentido que entende Robert Alexy que, ao propor um modelo de direitos fundamentais sociais, afirma que o princípio da liberdade fática, no caso de

---

<sup>89</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, *op cit.*, p. 503-505

<sup>90</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 23.

<sup>91</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais...**, *op cit.*, p. 27-28.

direitos mínimos, deve ter um peso maior que os princípios formais e materiais que com ele colidem, estando incluso nestes o princípio da reserva do possível.<sup>92</sup>

No tocante ao conteúdo do mínimo existencial, Daniel Wunder Hachem retira da doutrina duas vertentes distintas quanto a sua fixação. A primeira, que ele denomina de “*conteúdo determinável no caso concreto*”, defende ser o mínimo existencial carente de conteúdo específico, sendo que seus contornos só poderiam ser fixados de acordo com o caso concreto, levando em consideração as necessidades e circunstâncias que se exige. Por outro lado, há a corrente denominada “*rol constitucional preferencial*”, que apesar de reconhecer a mutação do conteúdo de acordo com o local e o momento histórico em que se insere, defende ser possível delimitar o conteúdo do mínimo existencial através de um elenco preferencial, previamente fixado por meio de uma análise da realidade de cada sistema constitucional.<sup>93</sup>

A primeira corrente é defendida pela grande maioria da doutrina, dentre eles Ricardo Lobo Torres, Jorge Reis Novais, Ingo Wolfgang Sarlet, entre outros. Ao afirmarem a impossibilidade de fixação *a priori* de um conteúdo pertinente ao mínimo existencial, desde logo exigível judicialmente, entendem cabível a ponderação, submetendo-o à apreciação do Estado.

Hachem, todavia, perfilha o entendimento defendido por Ana Paula de Barcellos, que opta por uma concepção rígida de mínimo existencial, buscando salvaguardar a operacionalidade do instituto e viabilizar as prestações materiais destinadas à proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais sociais.<sup>94</sup> Nesta senda, a autora defende o “*mínimo existencial definitivo*”<sup>95</sup>, imprimindo-lhe natureza de regra jurídica e tornando-o imune a qualquer processo de ponderação, por meio do qual sua exigibilidade poderia ser afastada, o que reafirma:

“... o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do ‘tudo ou nada’, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites.”<sup>96</sup>

<sup>92</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, *op cit.*, p. 517.

<sup>93</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo existencial...**, *op cit.*, p. 213.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 215-216

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 222

<sup>96</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica ...**, *op cit.*, p. 252-253.

Com efeito, tomar o mínimo existencial como regra jurídica, suscetível à lógica do “tudo ou nada”, garante a sua aplicação em termos absolutos, a despeito das circunstâncias fáticas e jurídicas que o caso concreto possa apresentar. A fim de viabilizar o postulado do mínimo existencial perante o Judiciário, Ana Paula de Barcellos busca delimitar, previamente, o conteúdo a ser exigido para garantir as condições mínimas de existência digna, partindo das prioridades do texto constitucional, que define um conjunto de prestações básicas a ser garantido a todos os indivíduos de maneira indistinta. O conjunto, formado por prestações de caráter material e de caráter instrumental, pode ser dividido em quatro grupos: educação básica, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça.<sup>97</sup> Tal discriminação apriorística do conteúdo do mínimo existencial seria de suma importância para não permitir o esvaziamento do instituto, que seria um óbice à sua exigibilidade perante o Poder Judiciário, em casos de omissão da Administração Pública.

Por outro lado, a parte da doutrina que defende a determinação do conteúdo do mínimo existencial de acordo com o caso concreto toma o instituto como princípio jurídico, submetível à ponderação, por exemplo, com o princípio democrático ou, ainda, a reserva do possível, a depender das condições fáticas apresentadas. Daniel W. Hachem se refere a esta corrente como “*mínimo existencial prima facie*”. Isto porque, da mesma forma que os direitos fundamentais, o mínimo existencial seria uma norma jurídica *prima facie*. Muito embora se deva assegurar a sua máxima efetivação, admite-se a possibilidade de alegação de argumentos contrários à sua satisfação na via judicial.<sup>98</sup>

Ingo Sarlet, seguindo as opiniões de Clèmerson Merlin Clève e Robert Alexy acima apresentadas, defende a prevalência não só do mínimo existencial, mas também da dignidade da pessoa humana, em detrimento da reserva do possível ou reserva orçamentária.<sup>99</sup> Todavia, o peso maior atribuído ao mínimo existencial não exclui a possibilidade de submissão ao processo de ponderação, vez que considerado como princípio jurídico *prima facie*.

---

<sup>97</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial..., *op cit.*, p. 217.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 222-225.

<sup>99</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, *op cit.*, p. 309-312 .

Diante do exposto, entende-se que a melhor forma de assegurar a dignidade da pessoa humana, através do mínimo existencial, é considera-lo com regra jurídica, inafastável por meio da ponderação. Os questionamentos acerca da viabilidade desta posição são respondidos por Daniel Wunder Hachem:

“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’.”<sup>100</sup>

Desta forma, compreender o mínimo existencial como um conceito determinável diante do caso concreto esvazia o instituto e prejudica a sua exigibilidade perante o judiciário. Somado a isso, submetê-lo ao processo de ponderação abriria margem para que o juiz limitasse o conteúdo das prestações mínimas exigidas em detrimento de princípios como o da reserva do possível, esquecendo a guarida merecida pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, importante ressaltar que defender a exigibilidade do mínimo existencial não prejudica a concessão, pela via judicial, de eventual prestação material que o extrapole.<sup>101</sup> Consoante o entendimento de Alexy, mencionado anteriormente, entende-se que os direitos fundamentais sociais que ultrapassem os parâmetros mínimos, são perfeitamente justiciáveis, como direitos fundamentais *prima facie*, ou seja, passíveis de ponderação. Esta possibilidade independe, outrossim, de regulamentação legislativa prévia, tendo em vista a aplicabilidade imediata atribuída aos direitos fundamentais.

<sup>100</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Mínimo existencial...*, *op cit.*, p. 204.

<sup>101</sup> É neste sentido que entende Ingo Sarlet. Segundo o autor, defender a exigibilidade do mínimo existencial não afasta a possibilidade de direitos subjetivos a prestações que ultrapassem estes parâmetros mínimos. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, *op cit.*, p. 350).

A inexistência de legislação regulamentadora do direito fundamental previsto na Constituição, somada com a carência de parâmetros mínimos para a especificação do seu conteúdo, enseja a reclamação em juízo através do mandado de injunção, desde que haja na legislação infraconstitucional lei de matéria análoga. Por outro lado, as prestações de direitos fundamentais econômicos e sociais já regulamentadas pelo legislador são plenamente exigíveis, seja administrativa ou judicialmente, não sendo possível lançar de argumentos como o da reserva do possível ou da separação dos poderes contra elas, uma vez que o legislador cumpriu o seu papel de legitimado pela sociedade.<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> Estas são algumas das conclusões a que chega o professor Daniel Wunder Hachem ao trabalhar a questão da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais e econômicos no artigo: HACHEM, Daniel Wunder. **Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión**. *op cit.*, p. 299-304

#### 4. O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

A superação do Estado Liberal, bem como a defesa de um Estado Social, não implica necessariamente na defesa da democracia, entendida como a promoção da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Trata-se a democracia de um conceito mais amplo até mesmo que o de Estado de Direito, surgido no ideário liberal. O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 constitui o Estado Democrático de Direito, revelando um conceito novo que supera ambos o Estado Constitucional e o Estado de direito, incorporando um “componente revolucionário de transformação do *status quo*”.<sup>103</sup>

Peter Haberle conceitua Estado Constitucional como sendo o Estado em que “o poder público é juridicamente constituído e limitado através de princípios constitucionais materiais e formais”<sup>104</sup>. Dentre estes princípios estariam os direitos fundamentais, a noção de Estado Social de Direito, a separação dos poderes, bem como a atuação independente do Poder Judiciário.<sup>105</sup>

Para José Afonso da Silva, o Estado Democrático de direito supera o ideário do Estado capitalista, configurando um Estado promotor da justiça social, pela prática dos direitos sociais e pelo exercício dos instrumentos necessários para o exercício da cidadania, fundando-se no princípio da dignidade da pessoa humana. Nas palavras do autor:

“A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não

<sup>103</sup> SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25.ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda CONstitucional n. 42, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112.

<sup>104</sup> HABERLE, Peter. **Estado Constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 6.

<sup>105</sup> Ademais, Peter Haberle, partindo da constatação de que existe um Estado Constitucional ocidental, nos apresenta a necessidade de cooperação e responsabilidade internacional comum para lidar com a escassez de substratos econômicos e a situação social das pessoas em países em desenvolvimento. Fazendo um intercâmbio com o Direito Internacional, fundando-se nessa noção de solidariedade, o autor nos apresenta ao conceito de “Estado Constitucional cooperativo”. (*Ibidem.*, p. 3-4)

depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.”<sup>106</sup>

Ademais, dentre os princípios elencados pelo autor que conformam a tarefa do Estado Democrático de Direito, importante fazermos menção ao princípio da constitucionalidade, que legitima a supremacia da Constituição rígida, emanada da vontade popular, que vincula todos os poderes e os seus atos, bem como que garante a atuação livre da jurisdição constitucional.<sup>107</sup>

Diante destas mudanças no cenário político, de progressiva publicização do Direito, o constitucionalismo democrático é a ideologia que prevaleceu no século XX, como uma fórmula política de respeito aos direitos fundamentais e de autogoverno popular.<sup>108</sup> As alterações trouxeram força normativa e busca pela efetividade da Constituição, de modo a tornar as normas constitucionais direta e imediatamente aplicáveis. Segundo Luís Roberto Barroso, o movimento pela efetividade provocou três mudanças de paradigma significativas para a teoria e prática do direito constitucional no Brasil. Primeiramente, no plano jurídico, a atribuição de normatividade plena à constituição torna-a fonte de direitos e obrigações. No ponto de vista dogmático, reconheceu-se ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo. Por fim, a alteração pertinente neste presente capítulo é a do plano institucional, em que é visível a ascensão do papel do Poder Judiciário, que passa atuar no sentido de concretização dos valores e dos direitos constitucionais.<sup>109</sup>

O reconhecimento de que o Poder Judiciário, através de uma atuação forte e independente, é crucial para a proteção dos direitos fundamentais, levou a momentos de judicialização da vida e ativismo judicial. Isto porque passa o Judiciário a suprir lacunas deixadas pelos demais poderes, sanando omissões legislativas ou ainda determinando políticas públicas quando estas se mostram ausentes ou ineficientes.

A partir destas constatações, passa-se a tratar da responsabilidade do estado na concretização e efetivação dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos, demonstrando o essencial papel do Poder Judiciário e da jurisdição

<sup>106</sup> SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, *cit.*, p. 120.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 122

<sup>108</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto, p. 2. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>> . Acesso em 11 de novembro de 2015.

<sup>109</sup> *Ibidem*. p. 16-17.

constitucional para a fiscalização e saneamento de eventuais omissões ou ineficiências da Administração Pública.

#### 4.1. O controle judicial das omissões estatais inconstitucionais

A violação dos direitos fundamentais sociais em razão da omissão do poder competente requer a concretização pela via judicial. Desta forma, a suposta carência de legitimidade democrática da jurisdição deve ser afastada, uma vez que sua autoridade é assegurada quando esta contribui para a efetivação das normas constitucionais.<sup>110</sup>

Pode-se dizer que as omissões inconstitucionais decorrem, principalmente, do caráter dirigente da Constituição Federal de 1988, que vincula o Poder Público à concretização dos preceitos por ela preconizados. Nesta senda, a previsão de ocorrência da inconstitucionalidade por omissão pode ser considerada uma forma de sanção jurídico-constitucional dirigida ao Estado, eis que o seu silêncio pode prejudicar a força normativa da Constituição.<sup>111</sup> Todavia, não é qualquer omissão do poder público que enseja a inconstitucionalidade. Necessária se faz a determinação constitucional de uma atuação do poder público que não se realiza ou se realiza de maneira insatisfatória.<sup>112</sup>

Segundo Clèmerson Merlin Clève, a inconstitucionalidade por omissão pode decorrer da inércia do Estado em tomar medidas político-administrativas, medidas judiciais ou medidas legislativas.<sup>113</sup> No que diz respeito ao momento para a caracterização da omissão constitucional, deve ser realizado um juízo sobre o tempo admissível para a produção do ato estatal que propiciaria o efetivo cumprimento de determinado dispositivo constitucional. Com efeito, segundo o autor, o tempo seria considerado um elemento adicional na caracterização da inconstitucionalidade por omissão.<sup>114</sup>

<sup>110</sup> KROL, Heloísa da Silva. **Omissão inconstitucional e controle judicial**: instrumentos para concretização dos direitos sociais mínimos. In: Revista da AJURIS, v. 36 – n. 103, setembro/2006, p. 160.

<sup>111</sup> CUNHA JÚNHOR, 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, p. 110.

<sup>112</sup> *Ibidem.* p. 119.

<sup>113</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 322.

<sup>114</sup> *Ibidem.* p. 326

Considerando, portanto, que a inação do Poder Público importa no descumprimento de comandos constitucionais, importante se faz o estudo do controle de constitucionalidade por omissão e dos mecanismos constitucionalmente previstos para combater a recusa lesiva estatal na efetividade dos direitos fundamentais.

Na realidade brasileira, o controle de constitucionalidade por omissão é de incumbência do Supremo Tribunal Federal, na sua forma concentrada, e a todos os órgãos do Poder Judiciário, nas hipóteses de controle difuso. Desta forma, incumbe à jurisdição o poder-dever de invalidar atos legislativos e administrativos que ofendem alguma ordem constitucional, seja por meios comissivos ou omissivos, como forma de assegurar a ordem e unidade do sistema constitucional.<sup>115</sup>

No que se refere aos principais instrumentos jurídico-processuais previstos para corrigir a inconstitucionalidade por omissão, podemos citar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, ambos inaugurados pela Constituição Federal de 1988.

Acerca da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, devem ser preenchidos alguns requisitos para ensejar a sua propositura. Dentre eles, o descumprimento de uma imposição constitucional expressa de regulamentar a norma dirigida ao legislador ou ao administrador, bem como o decurso de prazo, a ser constatado de um “juízo concreto sobre o transcurso do tempo”.<sup>116</sup>

O artigo 103, §2º da Constituição Federal prevê que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” Desta feita, trata-se de mecanismo de controle de constitucionalidade abstrato, a ser requerido diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

Da leitura do dispositivo constitucional supracitado, depreende-se que a constatação da ocorrência de omissão inconstitucional suscita a declaração judicial e a notificação do órgão moroso. Desta forma, nos casos de omissão legislativa, verifica-se a natureza declaratória da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Quanto aos casos de omissão administrativa, percebe-se a natureza

---

<sup>115</sup> 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. 65.

<sup>116</sup> *Ibidem*. p. 73.

mandamental da decisão, que estipula um prazo para o órgão competente tomar as providências necessárias para suprir a omissão inconstitucional. Nesta hipótese, o descumprimento da decisão mandamental poderá ensejar a responsabilidade civil do Estado por omissão.<sup>117</sup>

Analisando criticamente o instituto em nosso atual sistema constitucional, pode-se afirmar que este instrumento não produz efeitos práticos muito significativos, uma vez que a mera notificação do órgão omissor não se mostra eficaz nos casos de omissão legislativa, eis que não há a possibilidade de constranger o legislador a atuar, tendo em vista a sua liberdade de conformação, inexistente no caso do administrador.<sup>118</sup> É por este motivo que muitos autores defendem a concretização dos direitos constitucionais através do controle concreto, difuso e incidental das omissões, sejam elas normativas ou administrativas, mormente no que se refere aos direitos sociais mínimos.<sup>119</sup>

O mandado de injunção, por sua vez, está elencado dentre os direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, da CF. O inciso LXXI, de tal artigo, assim dispõe: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Trata-se de remédio constitucional direcionado a sanar omissões inconstitucionais e garantir a concretização dos direitos constitucionais carentes de regulamentação. Imprescindível para o seu cabimento, portanto, a falta de norma regulamentadora de um direito constitucionalmente assegurado e a inviabilidade do exercício deste direito ante a carência de regulamentação.

Quanto aos efeitos da decisão do mandado de injunção, é possível notar a alteração de entendimento na Suprema Corte brasileira. Inicialmente, defendia-se que a decisão no mandado de injunção seria meramente no sentido de notificar a autoridade omissa, sem admitir uma concretização direta da norma constitucional.<sup>120</sup> Em 2007, o entendimento do Supremo Tribunal se alterou, no julgamento do Mandado de Injunção nº 670/ES, visando uma solução normativa e concretizadora para a omissão verificada. Ante à omissão legislativa do Congresso Nacional em

---

<sup>117</sup> *Ibidem.*, p. 75.

<sup>118</sup> *Idem.*

<sup>119</sup> KROL, Heloísa da Silva. **Omissão inconstitucional e controle...**, *op.cit.*, p. 168.

<sup>120</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 1770.

regular o direito de greve dos servidores públicos, a Corte determinou a aplicação por analogia da lei de greve dos empregados privados, até que o Poder Legislativo suprisse a omissão, editando regulamento sobre o tema.<sup>121</sup>

Além destes instrumentos supracitados, cabe a menção a outros mecanismos eficazes ao combate às omissões administrativas no controle concreto, como o mandado de segurança individual ou coletivo, que pode ensejar na condenação de obrigação de fazer ao poder público, nos casos de omissão lesiva a direito líquido e certo do impetrante. Para os casos de omissão lesiva ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, é cabível a interposição de ação popular. Ademais, a ação civil pública é outro instrumento importante no combate das omissões inconstitucionais, propiciando inclusive o controle das omissões na implementação de políticas públicas necessárias para efetivação dos direitos fundamentais sociais.<sup>122</sup>

#### **4.2. A implementação dos direitos fundamentais sociais por meio de políticas públicas e a judicialização da política**

Consoante mencionado anteriormente, na realidade brasileira nas últimas décadas, há uma tendência para a transferência de parte do poder político para os tribunais, mormente no que diz respeito ao controle judicial das políticas públicas. O Poder Judiciário cada vez mais tem tratado de questões políticas relevantes, reorganizando o papel incumbindo aos Poderes componentes do Estado. Tal fenômeno é denominado pela doutrina de judicialização da política, marcado pela transferência de decisões administrativas e legislativas aos Tribunais.<sup>123</sup>

As políticas públicas podem ser conceituadas como “a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, ante à recorrente inação do Congresso Nacional, defende uma intervenção mais decisiva do STF. Em suas palavras: “Comungo das preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de ‘omissão judicial’.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670/ES)

<sup>122</sup> KROL, Heloísa da Silva. **Omissão inconstitucional e controle...**, *op.cit.*, p. 165-166.

<sup>123</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 8, n.1, Junho de 2012, p. 60

<sup>124</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o direito administrativo**. Revista de informação legislativa, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997, p. 91.

Em outras palavras, é um programa de ação governamental que visa a concretização dos direitos fundamentais, principalmente sociais, através de prestações positivas do Estado.

Diante desta conceituação, entende Maria Paula Dallari Bucci serem os direitos fundamentais sociais o fundamento mediato das políticas públicas.<sup>125</sup> Da mesma forma, entendem Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki, que afirmam ser a política pública o principal meio que a Constituição prevê para a realização dos direitos sociais.<sup>126</sup>

Considerando o protagonismo das políticas públicas na luta para a efetivação dos direitos sociais, é possível defender a legitimidade do Poder Judiciário na fiscalização da atividade estatal.<sup>127</sup> Todavia, argumentos como o da reserva do possível e separação dos poderes têm sido utilizados como empecilho ao controle de constitucionalidade das políticas públicas pelos Tribunais. Isto porque a decisão acerca da implementação de políticas públicas envolve a necessidade de calcular gastos orçamentários, localizados no campo discricionário das decisões oriundas dos poderes democraticamente eleitos, quais sejam o Executivo e o Legislativo.

Andreas J. Krell analisa a discricionariedade da Administração Pública facilitada pelos “conceitos jurídicos indeterminados”, em que se faz necessário o controle jurisdicional. Isto porque a responsabilidade final da decisão muitas vezes não é determinada pelo legislador, mas é possível através da interpretação da lei, em uma análise da estrutura e do conteúdo do processo de decisão.<sup>128</sup> Desta forma, as “zonas de incerteza” proporcionadas pelos conceitos indeterminados devem ser preenchidas pelos fatos do caso concreto, admitindo alguma forma de controle judicial.

A discussão acerca dos limites do controle judicial dos atos administrativos discricionários entende que o princípio da separação dos poderes deve, atualmente, ser entendido como uma divisão de funções, dentro da qual há a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíproca entre os entes formadores do Estado

---

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 90

<sup>126</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas...** *op cit.*, p. 72

<sup>127</sup> MONTEMEZZO, Francielle Pasternak. **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais sociais...**, *op. cit.*, p.124.

<sup>128</sup> KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 54-55

Democrático de Direito.<sup>129</sup> É neste sentido que Krell entende ser necessária uma sindicância judicial mais intensa dos atos administrativos no Brasil, visto que o despreparo dos magistrados brasileiros em matéria de Direito administrativo faz com que as intervenções judiciais sejam tímidas. Segundo o autor, “a crescente ingerência do Estado na esfera dos direitos fundamentais das pessoas físicas e jurídicas, consagrados nos textos constitucionais, exige uma atuação mais efetiva do Judiciário.”<sup>130</sup>

Em análise das decisões proferidas sobre a temática pela Suprema Corte brasileira, Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Kátya Kozicki constataam que:

“o STJ admitiu a possibilidade de controle judicial de políticas públicas através do orçamento, inclusive direcionando verbas ao próximo orçamento. O valor a ser destinado e a política específica a serem adotados, estes sim, ficam na discricionariedade do administrador. Mas não há discricionariedade em não realizar uma política pública exigida constitucionalmente. Esta é vinculante e por isso andou bem o STJ ao exigir destinação específica para atender objetivo da Carta Constitucional.”<sup>131</sup>

Ademais, segundo Sérgio Cruz Arenhart<sup>132</sup>, o controle judicial de políticas públicas, mesmo diante da reserva do possível, será possível quando se tratar de garantir direitos fundamentais mínimos. Isto porque o Poder Judiciário “representa o último campo de proteção contra abusos eventualmente cometidos pelos outros ‘poderes’”.<sup>133</sup>

Todavia, importante ressaltar que o controle jurisdicional das políticas públicas é um mecanismo de caráter subsidiário de atuação do Estado, sendo cabível a intervenção do Poder Judiciário apenas como alternativa secundária, nos

<sup>129</sup> *Ibidem.*, p. 64

<sup>130</sup> *Ibidem.*, p. 84

<sup>131</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas...** *op cit.*, p. 7.

<sup>132</sup> ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/7177>> . Acesso em: 11 de novembro de 2015.

<sup>133</sup> Tal entendimento é compartilhado pelo Supremo Tribunal Federal, que assim decidiu na ADPF nº 45-9/DF: “Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (STF, ADPF 45-9, Relator Min. Celso de Mello, DJ 29/04/2004)

casos em que a atuação da Administração Pública se distancia dos objetivos constitucionais.<sup>134</sup>

Desta forma, Sérgio Arenhart defende que o magistrado não estará usurpando a atribuição de outro agente estatal se, à luz do caso concreto, fizer a utilização do princípio da proporcionalidade, em que:

“três aspectos merecem ser considerados: a proporcionalidade em sentido estrito, a adequação e a exigibilidade. É preciso sempre considerar a *finalidade* dos dispositivos legais em conflito (que tutelam bens jurídicos determinados); tais fins podem ser logrados por distintos *meios*, sendo sempre de se optar pelo meio mais *adequado* à situação específica. Na avaliação desta adequação, entra também o critério da *exigibilidade*, no sentido de que tal meio represente o menor sacrifício possível ao outro interesse, que será subjugado. Por fim, deverá ser avaliada a *proporcionalidade* em sentido estrito, de forma a apresentar o resultado mais vantajoso, ou seja aquele que obtém o melhor resultado em relação a um interesse, com o menor sacrifício aos demais interesses envolvidos no conflito.”<sup>135</sup>

Acerca da presente discussão, da legitimidade do controle judicial das políticas públicas, mostra-se pertinente fazer menção ao instituto do Estado de Coisas Inconstitucionais, que vem sendo discutido recentemente no Supremo Tribunal Federal, através da ADPF 347<sup>136</sup>. Muito embora a temática tenha sido levantada como uma tentativa de solução à realidade precária dos presídios nacionais e a constante violação do princípio da dignidade da pessoa humana com relação aos presos, é possível conceber a sua relevância também na discussão acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais.

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma categoria formulada pela Corte Constitucional colombiana, que permite a interferência do tribunal na criação e implementação de políticas públicas, em alocações orçamentárias, dentre outras medidas, uma vez constatada a violação de direitos fundamentais por parte do Estado. Em outras palavras:

<sup>134</sup> MONTEMEZZO, Francielle Pasternak. **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais sociais...**, *op. cit.*, p. 127.

<sup>135</sup> ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**, *op.cit.*

<sup>136</sup> O Supremo Tribunal Federal iniciou, em agosto do presente ano, o julgamento da medida cautelar na ADPF 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade, para o reconhecimento da situação de violação dos direitos humanos dos presos ante ao fenômeno da superpopulação carcerária, bem como para a adoção de medidas para a solução da questão prisional no Brasil. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>> Acesso em: 12 de novembro de 2015.)

“Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.”<sup>137</sup>

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a superação das violações de direitos humanos não virá através de medidas pontuais e individuais, mas com uma mudança estrutural, com novas políticas públicas, ou com o aprimoramento das já existentes. Para isso, necessário se faz o diálogo entre os poderes que constituem o Estado, uma atuação ativista das cortes frente às falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas.<sup>138</sup>

Todavia, enquanto as alterações estruturais ainda estão em discussão, é importante assegurar que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam garantidos pelo Judiciário, através do controle difuso de constitucionalidade, mesmo que individualmente, mormente os direitos mínimos sociais, que podem ser imediatamente garantidos.<sup>139</sup>

#### **4.3. A responsabilidade do Estado por omissão em matéria de direitos sociais**

Ao longo do presente trabalho, foi apresentada a discussão acerca da busca da efetividade dos direitos fundamentais sociais, bem como identificadas as situações nas quais a Administração pública deve assegurar tais direitos por meio de prestações positivas. No presente ponto, portanto, resta-nos enfrentar a questão da responsabilidade do Estado por omissão, abordando os elementos necessários para

<sup>137</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em: 12 de novembro de 2015.

<sup>138</sup> *Idem*.

<sup>139</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas...** *op cit.*, p. 80.

a configuração do dever do Estado na reparação dos danos causados por sua inércia ou ineficiência na efetivação dos direitos sociais.

Prefacialmente, é pertinente fazer alguns breves apontamentos acerca das teorias da responsabilidade do Estado, para analisar a evolução do tratamento do tema até chegarmos à defesa da responsabilidade objetiva do poder público. Dentre elas podemos destacar: (i) a irresponsabilidade do Estado; (ii) a teoria da culpa; (iii) a teoria do acidente administrativo; (iv) a teoria do risco;

Em tempos de Estados absolutos, com a afirmação da ideia de soberania, reinava o princípio da irresponsabilidade do Estado, com a premissa de que “*the king can do no wrong*”. Em contraposição, surgiram as teorias civilistas, baseadas na ideia de culpa, que buscavam argumentos para distinguir os atos praticados pela Administração Pública que ensejariam ou não a indenização pelo Estado. A teoria da culpa, por sua vez, nos leva à chamada falta do serviço (*faute du service*), que impõe a responsabilidade do Estado quando o serviço estatal funciona mal, não funciona ou funciona atrasado, tal noção desemboca na teoria do acidente administrativo, segundo a qual a atuação impessoal e irregular do Estado que resulte em danos a terceiros enseja a responsabilidade.<sup>140</sup>

Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, a noção *faute du service*, além de contribuir para a teoria do acidente administrativo, desencadeia o processo de evolução que levou às teorias objetivas do risco. De acordo com tais teorias, para que se configure a responsabilidade do Estado, basta a existência do dano e do nexo causal com o ato advindo de um agente estatal. Além disso, defende-se que a coletividade deve concorrer para a reparação do dano causado, eis que “os benefícios advindos da atuação estatal repartem-se por todos, assim como os prejuízos sofridos por alguns”.<sup>141</sup>

Estas noções englobam duas teorias: a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo. A diferença basilar entre ambas é que a primeira não admite qualquer espécie de excludente que venha a afastar a responsabilização da Administração Pública, enquanto que a segunda admite algumas excludentes, como a culpa da vítima, caso fortuito ou força maior.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 206-213.

<sup>141</sup> *Ibidem.*, p. 216.

<sup>142</sup> *Ibidem.*, p. 217

A Constituição de 1988 trata do tema no artigo 37, §6º, que assim dispõe: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Desta forma, neste dispositivo estão compreendidas a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva do funcionário.<sup>143</sup>

Contudo, quanto à responsabilidade do estado quanto a condutas omissivas – questão que efetivamente nos interessa no presente trabalho-, há controvérsias tanto da doutrina quanto na jurisprudência no que se refere de ela ser subjetiva ou objetiva.

Celso Antônio Bandeira de Mello é um dos principais defensores da responsabilidade subjetiva do Estado na hipótese de condutas omissivas. Para o autor, se o Estado não agiu, ele não é o autor do dano. Portanto, só caberia a responsabilização no caso de ele estar obrigado a impedir o dano e descumprir este dever legal. Isto posto necessária a configuração de elementos que caracterizem a culpa do Estado.<sup>144</sup>

Por outro lado, Romeu Felipe Bacellar Filho defende que mesmo quando se tratar de conduta omissiva, a responsabilidade estatal por eventuais danos é objetiva, uma vez que se trata de um dever de eficiência imposto ao poder público, sendo prescindível a comprovação de culpa.<sup>145</sup>

Acompanhando a ideia de responsabilidade objetiva do Estado por omissão, Daniel Wunder Hachem nos apresenta aos requisitos necessários para configuração de tal responsabilidade: a) o descumprimento de um dever jurídico concreto de atuar (omissão); b) ocorrência de dano ao cidadão; e c) nexo causal entre o comportamento estatal e o prejuízo sofrido.<sup>146</sup>

Juarez Freitas defende que a responsabilidade extracontratual do Estado precisa ser trabalhada não somente para reparar os danos gerados pela omissão das autoridades públicas, mas também para incentivar o cumprimento dos deveres prestacionais do poder público. Para isso, defende o autor a aplicação do princípio

<sup>143</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 709-711

<sup>144</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1012-1013.

<sup>145</sup> BACELLAR JUNIOR, Romeu Felipe *apud* HACHEM, Daniel Wunder. **Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión**, *op cit*, p. 309.

<sup>146</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Ibidem*, p. 318.

da proporcionalidade, de modo a proibir simultaneamente eventuais excessos, mas também as inoperâncias.<sup>147</sup>

Ademais, conquanto Juarez Freitas defenda a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de omissão, o autor inclui a impossibilidade motivada do cumprimento de dever como uma excludente do nexo causal que venha a ensejar a responsabilidade do Estado<sup>148</sup>. Tecendo uma crítica a esta posição, Daniel Wunder Hachem acredita que utilizar a premissa da “reserva do possível” para exonerar o Estado da responsabilidade de reparar o dano é retornar a defender a teoria da responsabilidade subjetiva, uma vez que analisar o motivo da impossibilidade do dever estatal equivale a buscar comprovação de eventual negligência, ou seja, da existência de culpa.<sup>149</sup>

Como vimos anteriormente, o sistema constitucional brasileiro consagra a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais, sendo estes oponíveis perante o Poder Público. Desta forma, considerando que a omissão se consuma a partir do descumprimento de um dever estatal de agir, podemos afirmar que a inércia da Administração Pública na efetividade dos direitos fundamentais sociais é ensejadora de responsabilidade objetiva do Estado por omissão, possibilitando a reparação dos danos causados.

---

<sup>147</sup> FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 170

<sup>148</sup> *Ibidem.*, p. 171.

<sup>149</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión**, *op cit*, p. 322-323

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do presente trabalho, é possível extrair algumas conclusões das teses apresentadas ao longo de seu texto. Partindo-se da ideia de que o Direito Constitucional está em constante transformação, podemos afirmar que esta dinamicidade pode resultar em mudanças nas matérias reguladas pela Constituição. Portanto, o papel do Estado, disciplinado no texto constitucional, pode ser objeto de alterações conforme a crescente complexidade e diferenciação das relações sociais. A expansão das tarefas estatais para a garantia dos direitos previsto na Carta Maior contribui também para a ampliação das hipóteses de responsabilidade geral do Estado na promoção do desenvolvimento social.<sup>150</sup>

O Estado Democrático de Direito consagrou os direitos sociais como direitos fundamentais, garantindo a eles a eficácia e aplicabilidade imediata. Segundo Alexy, todos os direitos a prestações compõem uma relação triádica, entre um titular de direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva.<sup>151</sup> Tomando-os como direitos subjetivos, podemos afirmar que eventual violação destes direitos garante ao seu titular a pretensão de exigi-lo judicialmente.<sup>152</sup> Com efeito, defender isto significa afastar a mera programaticidade destas normas constitucionais.

Esta discussão nos remete à eficácia das normas de direitos fundamentais sociais que, desde a sua previsão, abrem um leque de possibilidades processuais-constitucionais, seja para a simples constatação de uma inconstitucionalidade, seja para a fixação de um prazo para atuação do Poder Legislativo ou seja, ainda, para a determinação judicial direta daquilo que é considerado obrigatório pelo texto constitucional.<sup>153</sup>

Considerando que o juiz dificilmente enfrenta questões abstratas e gerais a respeito do assunto, o número significativamente alto de ações individuais postulando o cumprimento de direitos fundamentais sociais, principalmente de direito à saúde e direito à educação, desperta críticas a respeito da distorção da realização

<sup>150</sup> GRIMM, Dieter; LÓPEZ PINA, Antonio. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid, Espana: Trotta, 2006, p. 39-40.

<sup>151</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, *op cit.*, p. 445.

<sup>152</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**, *op cit.*, p. 279

<sup>153</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, *op cit.*, p. 514.

destes direitos em seu conjunto, ante aos limites do financeiramente possível e das questões orçamentárias que envolvem.

Ao mesmo tempo em que estes argumentos são importantes componentes a serem levados em consideração no processo de ponderação feito pelo magistrado quando em contato com o caso concreto, alegações como a da escassez de recursos e separação dos poderes são utilizados como uma forma de impedir a intervenção judicial. Tais argumentos acabam muitas vezes servindo como legitimadores da negligência dos poderes públicos na alocação de recursos econômicos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

No que se refere ao mínimo existencial, conceito emanado da dignidade da pessoa humana, este garante a exigibilidade de uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. Após a análise das diferentes posições doutrinárias a respeito do assunto, concluímos pela necessidade de fixação *a priori* de um conteúdo do mínimo existencial, através de um elenco preferencial previamente fixado por meio de uma análise da realidade de cada sistema constitucional, compartilhando o entendimento perfilhado por Ana Paula de Barcellos e Daniel Wunder Hachem<sup>154</sup>. Isto porque, a partir de um conteúdo estabelecido ao mínimo existencial, é possível defender a natureza de regra jurídica do instituto, impedindo que a sua exigibilidade seja afastada por meio de argumentos como o da reserva do possível ou da separação dos poderes, não sendo o instituto submetido ao processo de ponderação.<sup>155</sup>

Outrossim, estas discussões nos permitem concluir que, cada vez mais, questões políticas fundamentais para a sociedade são transferidas para o âmbito do Poder Judiciário, de modo a alterar a clássica dinâmica com os demais poderes, quais sejam o Legislativo e o Executivo. O controle de constitucionalidade realizado pelos Tribunais e pela jurisdição constitucional é visto como um meio de garantia da realização dos direitos fundamentais sociais.<sup>156</sup>

Nesta senda, concluímos pela legitimidade do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das políticas públicas, vez que uma atuação ativista dos

---

<sup>154</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica** ..., *op cit.*, p. 252-253; HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo existencial**..., *op cit.*, p. 215-216.

<sup>155</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*.

<sup>156</sup> *em*, p. 90

<sup>156</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**... *op cit.*, p. 60.

Tribunais contribui para evitar e resolver eventuais falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas violadoras dos direitos fundamentais sociais.

Por fim, cumpre-nos fazer alguns apontamentos acerca da responsabilidade do Estado por omissão na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Perfilhamos o entendimento de que a responsabilidade do Estado por condutas omissivas é objetiva, não sendo necessária a comprovação de eventual dolo ou culpa por parte da Administração. Assim, os únicos elementos que devem ser comprovados para a configuração da responsabilidade estatal é o descumprimento de um dever jurídico concreto de atuar - isto é, uma omissão-, a ocorrência de dano ao cidadão e o nexo causal entre o comportamento estatal e o prejuízo sofrido.

Com efeito, se considerarmos que a Constituição Federal atribui também aos direitos sociais eficácia direta e imediata, estes direitos são prontamente exigíveis do Estado. Nesta medida, a omissão estatal ensejadora de responsabilidade se configura a partir de um descumprimento de um dever de agir, que ocorre quando a Administração Pública não atua de maneira eficiente ou é omissa na efetivação dos direitos, resultando na possibilidade de reparação dos danos causados. Desta forma, a responsabilização objetiva do Estado por omissão na efetivação dos direitos fundamentais sociais além de poder ser vista como uma forma de reparação do dano causado, é também uma maneira de incentivar a criação e execução de políticas públicas eficientes para a garantia de tais direitos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2 ed., 2015.

AMARAL, Karina. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**: a eficácia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. In: Direito, Estado e Sociedade, n. 37, jul/dez 2010.

ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/7177> > . Acesso em: 11 de novembro de 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 8, n.1, Junho de 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2006.

\_\_\_\_\_. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**, p. 2. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>> . Acesso em 11 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2.076/AC, Relator Min. Carlos Velloso, DJ de 15/08/2002

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 658312/SC, Relator Min. Dias Toffoli, DJ de 09/02/2015

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337/SP, Relator Min. Celso de Melo, DJ de 14/09/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MI 670/ES, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ de 25/10/2007

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-9, Relator Min. Celso de Mello, DJ 29/04/2004)

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>> Acesso em: 12 de novembro de 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o direito administrativo.** Revista de informação legislativa, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em: 12 de novembro de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 54, p. 28-39, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processo de integração.** Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Vol. 5, Ano 2004.

CUNHA JÚNHOR, 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.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2006.

HABERLE, Peter. **Estado Constitucional cooperativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 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.

\_\_\_\_\_. **Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais:** distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. **Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión.** Estudios Constitucionales, Santiago, año 12, n. 1, jan./jun. 2014.

KROL, Heloísa da Silva. **Omissão inconstitucional e controle judicial:** instrumentos para concretização dos direitos sociais mínimos. In: Revista da AJURIS, v. 36 – n. 103, setembro/2006.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados:** limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012.

MONTEMEZZO, Francielle Pasternak. **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais sociais:** a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. Curitiba, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

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

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais:** efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional:** em busca da superação de obstáculos. Dissertação de mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2008. Orientação: Prof. Gilmar Ferreira Mendes.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais:** a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na constituição brasileira. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais:** contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO,

Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 479-510.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existência e justiça constitucional:** algumas aproximações e alguns desafios. In: Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, dez. 2013.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25.ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003). São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.** In: Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº4-23-51, out/dez, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais.** In: Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro (42), 1990.

\_\_\_\_\_. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.