

## O direito público subjetivo e a tutela dos Direitos Fundamentais Sociais

**DHENIZE MARIA FRANCO DIAS**

Mestra em Direito Político e Econômico (Mackenzie/SP).

Especialista em Direito Processual (PUC/SP). Advogada e educadora.

Artigo recebido em 25/07/2011 e aprovado em 02/05/2012.

*SUMÁRIO: 1 Breve caracterização do conceito de direito público subjetivo • 2 O direito público subjetivo e a exigibilidade de direitos em face do Estado • 3 A tutela dos Direitos Fundamentais Sociais • 4 Conclusão • 5 Referências.*

**RESUMO:** Não é somente o particular que possui deveres em face do cidadão e/ou em face do Estado. O Estado, na qualidade de administrador público, também é regido por normas de direito e deve se submeter à lei e às normas constitucionais como seus administrados. Nessa esfera de direitos, surge o direito subjetivo que concede ao particular a possibilidade de acionar alguém judicialmente em razão de um interesse individual. Quando o 'poder de acionar' se dá entre o particular e o Estado, e há a coincidência entre o interesse individual e o interesse público, estamos diante do que a doutrina tem qualificado como 'direito público subjetivo'. Nesta esteira, o administrado tem a faculdade de exigir do Poder Público a concretização de certos direitos de cunho intervencionista, como os Direitos Fundamentais Sociais, que demandam uma maior contraprestação do Poder Público para sua efetivação. É através da garantia da autonomia privada que o cidadão pode gozar de sua autonomia pública e ver concretizados os Direitos Fundamentais de natureza social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito público subjetivo • Exigibilidade judicial • Direitos Fundamentais Sociais.

## Subjective public law and protection of Fundamental Social Rights

CONTENTS: *1 Brief description of the concept of subjective public rights · 2 Subjective public rights and enforceability of rights in relation to the state · 3 The protection of civil liberties · 4 Conclusion · 5 References.*

ABSTRACT: As an individual has duties with respect to others and/the State, the State, acting as public administrator, is also constrained by rules and has to comply with laws and constitutional norms. Among others, this paper argues that there is a subjective right that allows individuals to claim legal enforcement of certain particular interests. When the claim by such individual against the State has grounds in a civil liberty then the rights subject to enforcement are considered 'subjective public rights' by certain legal writers. According to such theory, an individual has the right to claim certain action from State with respect to determined positive rights, such as certain civil liberties that depend on governmental action for implementation. It is further argued that personal liberties allow individuals to claim implementation of civil liberties.

KEYWORDS: Subjective public right · Legal Liability · Fundamental Social Rights

## Los derechos públicos subjetivos y la tutela de los Derechos Sociales Fundamentales

CONTENIDO: *1 Breve caracterización del concepto de derecho público subjetivo · 2 El derecho subjetivo público y la exigibilidad de los derechos frente al Estado · 3 La protección de los Derechos Sociales Fundamentales · 4 Conclusión · 5 Referencias.*

RESUMEN: No sólo el individuo tiene deberes frente a los ciudadanos y al Estado . El Estado, en su condición de administrador público, también se rige por normas de derecho y debe someterse a la ley y las normas constitucionales como los ciudadanos. En este ámbito de los derechos, surge el derecho subjetivo que otorga a la persona la posibilidad de demandar a alguien judicialmente e razón de un interés individual. Cuando el pleito es entre individuo y Estado y hay coincidencia entre el interés individual y el interés público, vemos lo que la doctrina ha denominado 'derecho público subjetivo'. En ese sentido, los ciudadanos tienen la facultad de exigir al Poder Público que efective ciertos derechos positivos, como los derechos sociales fundamentales que requieren una mayor contrapartida del Estado para su efectivación. Es a través de la garantía de la autonomía privada que los particulares pueden disfrutar de su autonomía pública y ver la realización de sus derechos sociales.

PALABRAS CLAVE: Derecho Público Subjetivo · Exigibilidad Judicial · Derechos Sociales Fundamentales.

## 1 Breve caracterização do conceito de direito público subjetivo

O Direito, como ciência normativa, estabelece uma série de poderes e deveres entre os sujeitos. Dessa relação de poderes e deveres nasce a “relação jurídica”, da qual participam dois sujeitos, dois polos: “sujeito ativo, pessoa de quem emana a exigência, o poder de exigir, e o sujeito passivo, pessoa sobre quem recai a exigência, o dever de cumprir a obrigação jurídica, resultante de regra de direito” (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 427). Nesse sentido:

Partindo desses pressupostos, toda relação jurídica se apresenta como relação estabelecida entre várias pessoas e determinada por uma regra de direito; determinação esta, que consiste em se atribuir à vontade individual um campo dentro de cujos limites ela possa atuar independentemente de qualquer vontade alheia. A essência da relação jurídica se define, pois, como sendo uma esfera independente de domínio da vontade. (RÁO, 1978, p. 23)

Em matéria de Direito, teorias surgiram no âmbito privado que projetam referidos poderes e deveres como geradores de uma relação jurídica entre o Estado e o indivíduo, e que conferem ao particular uma situação jurídica peculiar que lhe dá o “poder de vontade (*willensmacht*) conferido pela ordem jurídica”, como explica Windscheid (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 427).

Tal teoria é conhecida como *Teoria da vontade*, difundida por Windscheid:

[...] por assentar o conceito do direito subjetivo na vontade das pessoas consideradas, não em abstrato, mas através de uma relação sujeita à disciplina imposta pela norma jurídica, inicialmente costumeira e, mais tarde, legislativa. (RÁO, 1978, p. 24)

Ou, ainda, um “interesse juridicamente protegido”, como ensina Ihering. Vicente Ráo (1978, p. 30) ensina a distinção entre os entendimentos de Savigny e Ihering no tocante ao elemento “vontade” para a formação do direito subjetivo:

Opondo-se à teoria da vontade de Savigny, Ihering não nega à vontade o caráter de elemento do direito, na verdade, o reconhece. E difunde a denominada *Teoria do interesse*. Para Ihering os direitos subjetivos são *interesses juridicamente protegidos*.

Dois elementos, diz ele, formam este conceito: um, substancial, que consagra o fim prático do direito e é a *utilidade, vantagem* ou *proveito*, que o direito assegura; outro, formal, que com o primeiro se relaciona como meio e consiste na *ação*, ou proteção jurisdicional do direito.

Combinando ambos os elementos – vontade e interesse –, surge a teoria eclética, que considera o direito subjetivo como o “poder de vontade humana que, protegido e reconhecido pela ordem jurídica, tem por objeto um bem ou interesse”<sup>1</sup>. Vicente Ráo (1952, p. 205-206) ensina a distinção entre direito objetivo e direito subjetivo, ao afirmar que:

[...] a norma considerada em si e a faculdade que ela confere às pessoas, singulares ou coletivas, de procederem segundo o seu preceito, isto é, entre a norma que disciplina a ação (*norma agendi*) e a faculdade de agir de conformidade com o que ela dispõe (*facultas agendi*). Aquela, como mandamento, ou diretriz que é, vive fora da pessoa do titular da faculdade conferida e constitui o direito objetivo; esta, que na pessoa do titular se realiza, forma o direito subjetivo.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 221) explica que por direito subjetivo “entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse”. Já para Vicente Ráo (1952, p. 223-224), são quatro os elementos constitutivos do direito subjetivo:

[...] o *sujeito*, ou titular da faculdade ou direito; o *objetivo* sobre o qual a faculdade recai ou se exerce; a *relação*, ou ação do titular sobre o objeto; o *poder* de invocar a proteção-coerção, que o direito assegura.

Sujeito ou titular do direito é a pessoa, física ou jurídica, a quem o direito pertence e que diretamente ou indiretamente o exerce e dele dispõe; objeto do direito é a pessoa, ou coisa material, ou imaterial, suscetível de proporcionar ao titular a utilidade material ou a situação moral que o direito visa; relação entre sujeito e objeto do direito é o fato, ou ato jurídico, em virtude do qual, aquele realiza sobre este a sua faculdade, o seu poder de ação; o poder de invocar a proteção-sanção consiste na possibilidade de usar os meios e remédios legais destinados à proteção ou restauração do direito ou à reparação das consequências de seu desrespeito, invocando-se e usando os meios coercitivos que autorizados forem.

Por sua vez, Robert Alexy (2008, p. 185-186) apresenta um modelo de direitos subjetivos em três níveis:

Se os direitos subjetivos são compreendidos como posições e relações jurídicas [...], então, é possível distinguir entre (a) razões para direitos subjetivos, (b) direitos subjetivos como posições e relações jurídicas e (c) a exigibilidade jurídica dos direitos subjetivos. A insuficiente distinção entre

1 De acordo com a definição de George Jellinek que examinando as posições de Windscheid e Ihering elaborou a *teoria eclética*, que une as definições desses dois autores.

essas três questões é uma das principais causas da interminável polêmica acerca do conceito de direito subjetivo, sobretudo aquela travada entre as diferentes variantes das teorias do interesse e da vontade.

Para Richard P. Pae Kim (2010): “Não há que se olvidar que o direito subjetivo é uma situação jurídica subjetiva pela qual o ordenamento tutela um interesse individual mediante o reconhecimento ao titular de um poder da vontade respeitante às relações em prevalência do Direito Público.”

Quando esse *poder de exigir* é do particular em face da Administração Pública, ou seja, quando é derivado de uma relação jurídica administrativa, estaremos diante do que a doutrina denomina de direito público subjetivo (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 428).

De acordo com Bobbio (2004), o direito público subjetivo surge como produto do Estado de Direito ou Estado Constitucional após a passagem do Estado Absoluto ou *Princeps legibus solutus*, como explana o professor português Jorge Miranda (1997, p. 83-84):

As correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo – de que são expoentes doutrinários LOCKE (*Segundo Tratado sobre o Governo*), MONTESQUIEU (*Espírito das Leis*), ROUSSEAU (*Contrato Social*), KANT (além de obras filosóficas fundamentais, *Paz Perpétua*) – e importantíssimos movimentos econômicos, sociais e políticos que conduzem ao Estado constitucional, representativo ou de Direito.

Ponto culminante de viragem é a Revolução Francesa (1789-1799) [...]

Nem por isso, menos nítida é a divergência no plano das ideias e das regras jurídicas positivas. Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela colectividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súbditos, os cidadãos [...]

É durante a transição do Estado Absoluto para o Estado de Direito em que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe (*ex parte principis*) para o ponto de vista do cidadão (*ex parte populi*). Celso Lafer (2001) explica a distinção entre a perspectiva *ex parte populi* e a perspectiva *ex parte principis*. Para o autor (LAFER, 2001), a primeira corresponde a dos que estão submetidos ao poder, enquanto a segunda corresponde a dos que detêm o poder e buscam conservá-lo. O autor explica as duas perspectivas sob a ótica do tema dos direitos humanos: “A preeminência da perspectiva *ex parte populi* tem sua origem na lógica da modernidade, que afirmou a existência dos direitos naturais, que pertencem ao indivíduo e que precedem a formação de qualquer sociedade política” (LAFER, 2001, p. 125).

Quanto à perspectiva *ex parte principis*, ensina Celso Lafer (2001, p. 125) que essa “em relação aos direitos humanos enquanto invenção histórica, norteia-se pela governabilidade de um conjunto de homens e coisas num dado território”.

Nota-se que a passagem do Estado Absoluto para o Estado Constitucional “está intrinsecamente ligada ao reconhecimento de uma esfera de ação inviolável do indivíduo em face do Estado”. Dessa forma, “surge, então, o dever correlato de observância desses direitos fundamentais, que é o cumprimento obrigatório não só pelos particulares, mas também pelo Estado” (PORT, 2005, p. 79-80).

“O que se percebe, então, é que a teoria do direito público subjetivo coincidiu com os ideais de liberdade do século XVIII e a consequente afirmação do indivíduo perante o Estado” (MEIRELES, 2008, p.185). Para Bobbio (2004, p. 61), “no Estado de Direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos”.

Após essa breve explanação sobre a origem histórica do direito público subjetivo, é necessário fazermos uma distinção inicial antes de adentrarmos no seu conceito. A doutrina tem utilizado de forma indistinta as expressões: *direito subjetivo público* e *direito público subjetivo*. Como explica Ana Cristina Costa Meireles (2008, p. 184):

O termo direito subjetivo público se presta a designar os direitos outorgados pela Constituição e oponíveis a qualquer órgão estatal; já o direito público subjetivo é o direito outorgado pelo ordenamento jurídico ao Estado nas suas relações de ordem pública.

À expressão direito subjetivo público contrapõe-se a que se chama “direito subjetivo privado” para designar aqueles direitos outorgados por qualquer norma jurídica.

Hoje, não restam dúvidas, tais expressões perderam a sua funcionalidade histórica, que foi a de demarcar um terreno onde o indivíduo tivesse uma área de liberdade na qual o Estado não pudesse penetrar.

É polêmica a discussão sobre a conceituação do direito público subjetivo. Parte da doutrina hesita em reconhecer a natureza jurídica de direito público subjetivo às normas constitucionais que pressupõem uma atividade estatal de cunho intervencionista. Nesse sentido:

Sob o pretexto de ser difícil determinar com precisão, já a partir da Constituição, o conteúdo dos direitos subjetivos, as prestações que compõem seu objeto, muitos autores insistem em reduzir seus efeitos até que a suposta concretização legislativa seja operada. De acordo com esse entendimento, muitos dos direitos sociais jamais poderiam gerar, para o particular e de imediato, autênticos direitos subjetivos, reclamáveis em juízo. (DUARTE, 2003, p. 39)

Santi Romano, em seu trabalho “*La Teoria Dei Diritti Publici Subbiettivi*”, inserido no livro intitulado *Trattato Orlando*, preferiu adotar a definição de Jellinek, que, para aquele, é uma feliz combinação das teorias de Ihering e de Windscheid, nos ensinando uma definição sobre *direito público subjetivo*: “Deixando por ora de pôr em evidência a característica de público, direito público subjetivo é um interesse protegido mediante o reconhecimento da vontade individual” (SANTI ROMANO, 2003, p. 16, nota 123).

De acordo com Miguel Seabra Fagundes (1967, p. 171), “os direitos que o administrado tem diante do Estado, a exigir prestações positivas ou negativas, constituem, no seu conjunto, os chamados *direitos públicos subjetivos*”.

Clarice Seixas Duarte (2004) também delinea o conceito de direito público subjetivo:

O interessante é notar que o direito público subjetivo configura-se como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal, pois permite ao seu titular constranger judicialmente o Estado a executar o que deve [...] Como pressuposto para a aceitação deste poder conferido ao indivíduo, está a ideia de que entre o Estado e seus membros existe uma relação jurídica e, consequentemente, os conflitos dela resultantes podem ser resolvidos judicialmente (Estrada, 1997), ao contrário, por exemplo, do que ocorria no Estado Absolutista, em que os súditos eram vistos apenas como sujeitos de deveres e obrigações. Ocorre que a jurisdicação das relações instauradas com o Estado implica, necessariamente, a limitação de seu poder [...]

O direito público subjetivo confere ao particular, titular de um determinado direito, o poder de coagir judicialmente o Estado-Administração Pública a satisfazer um determinado interesse individual quando este coincidir com um determinado interesse público.

O poder de exigir inerente ao direito público subjetivo é reconhecido pelo próprio Estado e em face deste, além de pressupor a pré-existência de uma relação jurídica entre o Estado e o particular, agora visto como sujeito de direito, o que resulta numa limitação do poder estatal. Para nós, o direito público subjetivo configura-se como o ponto de intersecção jurídico entre a autonomia privada e a autonomia pública. É justamente no direito público subjetivo que há o enlace entre o interesse público e o interesse privado.

O direito público subjetivo define-se como um mecanismo de defesa contra abusos do poder estatal na esfera individual e constitui um meio de proteção da liberdade individual, o que consiste numa característica marcante do liberalismo, como veremos a seguir.

## 2 O direito público subjetivo e a exigibilidade de direitos em face do Estado

A doutrina do direito subjetivo recebeu um profundo desenvolvimento pela teoria jurídica, erigindo-se como conceito fundamental da ordem liberal calcada na figura do indivíduo titular de direitos (MORAIS, 1996).

De acordo com o modelo liberal, os Direitos Fundamentais<sup>2</sup> são tidos como “direitos de liberdade, oponíveis ao Estado”, são verdadeiros “direitos de resistência ou de oposição ao Estado” (BONAVIDES, 2006, p. 563-564). Dispõe Bonavides (2010, p. 01) que:

É mais fácil lidar nas Constituições com os direitos da liberdade, usualmente catalogados como direitos fundamentais e discriminados de maneira quase didática nos textos constitucionais, do que com a igualdade, que, apesar de sua fluidez e amplitude, nem por isso deixa de ser o outro polo básico ao redor do qual gravita toda a ordem constitucional na Sociedade contemporânea.

No Estado Liberal, os Direitos Fundamentais, exercidos pelos indivíduos, caracterizavam-se como direitos negativos ou “direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade” (SARLET, 1999, p. 101). Ingo Sarlet (2001) esclarece:

Os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados bens e interesses da pessoa humana, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições.

Nota-se que os Direitos Fundamentais individuais trouxeram consigo a ideia de exigibilidade desses direitos em face do Estado, nos quais o indivíduo pode se valer na hipótese de violação por terceiros, gerando o cumprimento obrigatório não somente pelos particulares, mas também pelo Estado (PORT, 2005, p. 80). Contudo, referido poder de exigir conferido ao particular em face do Estado não é absoluto e nem sempre existe nas relações jurídicas entre o Poder Público e seus administrados<sup>3</sup>.

---

2 Os Direitos Fundamentais são classificados comumente em direitos positivos ou direitos negativos, conforme a necessidade ou não de atuação ou de uma prestação positiva por parte do Estado.

3 O poder de exigir do administrado corresponde à obrigação jurídica da Administração, obrigação que nem sempre existe, como é, por exemplo, o caso do poder discricionário, causa determinante da restrição ou desaparecimento do *direito público subjetivo*.



Cretella Júnior (1998, p. 432-433) explica:

[...] quando o administrado tem o direito de exigir do Estado o cumprimento de obrigações ativas ou passivas, dizemos que está de posse e no uso de seus *direitos públicos subjetivos* “*erga statum*”, figurando, pois como sujeito ativo de tais direitos e a Administração como sujeito passivo, ao passo que quando o Estado, no uso de seu “*ius imperi*” ou potestade, como, por exemplo, na realização efetiva dos créditos resultantes da imposição tributária, exige do particular a cobrança, está, por sua vez, na acionabilidade de seus direitos públicos subjetivos, passando agora a figura como sujeito ativo da relação de administração.

Assim, o direito público subjetivo produz efeitos quando o direito de ação é exercido pelo particular, como explica José Reinaldo de Lima Lopes (2006):

O direito subjetivo é feito valer através do direito de ação, pelo qual aquele que tem interesse (substancial) provoca o órgão jurisdicional do Estado (Poder Judiciário) para obter uma sentença e se necessário sua execução forçada, contra a outra parte que lhe deve (uma prestação, uma ação ou omissão).

É facultado ao particular exigir da Administração, através de meios judiciais (ações judiciais), a efetivação dos Direitos Fundamentais, em especial, de um direito reconhecido como direito público subjetivo, quando se sinta prejudicado na fruição desse direito.

Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas *garantias institucionais da liberdade*, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias etc). (TORRES, 2010, p. 74)

Compete ao Poder Judiciário a tarefa de oferecer proteção jurídica aos Direitos Fundamentais Sociais, “integrando-se ao catálogo dos direitos fundamentais e do mínimo existencial” (TORRES, 2001, p. 289).

O mínimo existencial<sup>4</sup> consiste em um conjunto de bens e utilidades básicas necessárias para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. O mínimo existencial está inserido no cerne do Princípio da Dignidade

4 O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa, da dignidade do homem e na Declaração dos Direitos Humanos.

Humana e pertence à esfera jurídica individual, sendo inerente a toda pessoa humana. Nesse sentido, Otávio Henrique Martins Port (2005, p. 107) afirma que o mínimo existencial “nada mais é do que o núcleo mínimo e essencial dos direitos fundamentais – o princípio da dignidade da pessoa humana”.

O que autoriza, constatada uma lesão a um Direito Fundamental Social, a exigência contra o Poder Público de imediato e individualmente (DUARTE, 2004). Nesse sentido, ensina Clarice Seixas Duarte (2004, grifo nosso):

No Brasil, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, com a adoção dos princípios do Estado Social e Democrático de Direito, houve uma transformação profunda no cenário jurídico. A previsão de veiculação de conflitos de interesses meta-individuais por meio de ações judiciais – de que são exemplo a ação civil pública, o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a ação popular – fez com que essa categoria assumisse novas dimensões. De fato, quando se trata de interesses coletivos ou difusos, *é possível afirmar que a ação transformou-se em um canal de participação social na gestão da coisa pública, ou seja, em um instrumento de participação política*<sup>5</sup> [...]

Clarice Seixas Duarte (2004) ainda explica que a ação judicial é apenas um canal de exigibilidade do direito subjetivo e não o seu fundamento, já que é na lei e nas políticas públicas definidas na Carta Magna de 1988 que se formam as bases para a ação da Administração-Estado.

Qualquer desrespeito aos parâmetros definidos na Constituição de 1988 autoriza o cidadão-administrado a agir em interesse próprio, mas com finalidade pública (constitucional), no intuito de retificar a situação pública irregular ou coagir o Poder Público a concretizar políticas públicas que visem ao bem-estar social.

Portanto, é através do direito de ação que o particular pode exigir uma determinada contraprestação por parte do Poder Público para que efetive um interesse individual que coincida com o interesse público, como por exemplo, a construção de uma escola ou de um hospital público. Há o interesse individual do particular em receber assistência médica ou educacional, referido interesse individual converge com o interesse público que tem por escopo beneficiar o maior número de pessoas possível através de uma determinada ação pública.

---

5 O sistema político gerado pela Constituição de 1988 é um sistema híbrido que incorporou na sua organização amplas formas de participação popular no plano do processo decisório federal, assim como, no plano local.

Nota-se que é o direito público subjetivo que oferece a faculdade ao particular de exigir determinada contraprestação pública através de um instrumento constitucional: a ação judicial.

### 3 A tutela dos Direitos Fundamentais Sociais em face do Estado

Otávio Henrique Martins Port afirma que o particular tem o interesse em ver tutelados e concretizados os Direitos Fundamentais de natureza social (como a saúde e a educação) que demandam uma maior contraprestação do Estado pela ordem jurídica (logicamente por meio do direito de ação) tanto em benefício individual como em benefício coletivo:

Com efeito, não há como se negar a possibilidade da existência do desiderato (vontade) do indivíduo de ver concretizado o pleno exercício de seus direitos sociais, de cunho material ou imaterial, devidamente tutelados pela ordem jurídica, como o direito à educação ou à saúde, em benefício próprio ou de outrem, ou de toda a comunidade, manifestado na relação jurídica firmada entre ele, indivíduo (ente dotado de personalidade jurídica), de um lado, e de outro lado, outro indivíduo ou o Estado (ente dotado de personalidade jurídica de direito público). (PORT, 2005, p. 82)

Luís Roberto Barroso (2009, p. 222) explica que as normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos conferem aos “seus beneficiários situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma”.

E continua o autor que, na hipótese de não cumprimento espontâneo de tal dever jurídico, “o titular do direito lesado tem reconhecido constitucionalmente o direito de exigir do Estado que intervenha para assegurar o cumprimento da norma, com a entrega da prestação” (BARROSO, 2009, p. 222). É o direito de ação, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

Ao administrado que se sinta lesado por tal inércia estatal é facultado o direito público subjetivo de exigir do Estado o cumprimento de um determinado *mandamus* constitucional, uma vez que a Administração Pública, assim como o particular, está submetida aos ditames constitucionais e deve cumpri-los. Nesse sentido:

[...] pois que a Administração se submete ao princípio da legalidade, o administrado tem o direito público subjetivo de exigir tal conformidade de adequação do ato à lei, quando o pronunciamento o atinja individualmente, prejudicando-o. (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 433)

Mancuso nos oferece uma resposta quanto à questão do devedor, o sujeito passivo dos Direitos Sociais, que entende ser o Estado, e explica que a natureza dos direitos subjetivos advém de sua incorporação ao patrimônio do sujeito. Referidos direitos passam a ser objeto de uma proteção diferenciada pelo ordenamento jurídico, proteção esta que leva à possibilidade de acionar a máquina estatal em benefício próprio movido por um interesse público:

Os direitos subjetivos compreendem posições de vantagem, privilégios, prerrogativas, que uma vez integradas ao patrimônio do sujeito, passam a receber tutela especial do Estado (sobretudo através da ação judicial, de atos de conservação e de formalização perante órgãos públicos etc.). [...] Quando tais prerrogativas se estabelecem em forma de critérios formados contra ou em face do Estado, tomam a designação de direitos públicos subjetivos. (MANCUSO, 1991, p. 37)

Outra polêmica se dá quanto à extensão da qualidade de direitos públicos subjetivos aos Direitos Sociais. Há autores que se posicionam como Ferreira Filho (2008, p. 49-50), que afirma: “quanto à natureza, os direitos sociais são direitos subjetivos. Entretanto, não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral – mas sim poderes de exigir. São direitos ‘de crédito’”.

A dificuldade de atribuir o caráter de direitos subjetivos aos Direitos Sociais é apontada por José Reinaldo de Lima Lopes (2006, grifo nosso):

Os novos direitos, que, aliás, nem são tão novos visto que já se incorporaram em diversas constituições contemporâneas, inclusive brasileiras anteriores a 1988, têm característica especial. *E esta consiste em que não são fruíveis ou exequíveis individualmente.* Isso não quer dizer que não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos judicialmente como se exigem judicialmente os direitos subjetivos. Mas, de regra, dependem, para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade. Assim é o caso da educação pública, da saúde pública [...] Ora, todos os direitos aí previstos têm uma característica que durante muito tempo assombrou os que foram formados em nossa dogmática herdeira do século XIX: não se trata de direitos individuais, não gozam, aparentemente, da especificidade da proteção proposta no art. 75 do Código de Processo Civil [a todo direito corresponde uma ação que o assegura]: qual a ação, quem é o seu titular, quem é o devedor obrigado? Naturalmente, a dogmática do século XIX, que ainda prevalece entre nós, teve grandes dificuldades para dar resposta a isso.

Assim, como também aponta Otávio Port (2005, p. 82):

O problema, então, deve ser investigado com fulcro na delimitação das situações em que, de acordo com a adequada interpretação de um dispositivo constitucional definido de direito social, é possível o exercício direto do poder de ação, fundado no referido dispositivo constitucional disciplinador do direito. Em outras palavras, resta saber se ao direito social está relacionado um dever correlato exigível direta e imediatamente.

Clarice Seixas Duarte (2003, p. 209) explica que os direitos públicos não deixam de possuir a qualidade de “públicos” mesmo quando utilizados pelo particular:

O reconhecimento de que o indivíduo pode fazer funcionar a máquina estatal em seu interesse deve estar sempre em consonância com um interesse público. E existe o interesse público nesse desenvolvimento individual do ser humano, com liberdade, inclusive. Essa é uma das razões pelas quais há grande dificuldade na categorização de direitos dessa natureza como direitos do indivíduo (subjativos), pois tratam-se de direitos que, mesmo nas mãos dos indivíduos, são direitos públicos e não privados. Na realidade, a proteção da liberdade individual não se choca com o bem comum, ao contrário, faz parte dele.

O caráter de subjetividade metaindividual inerente aos Direitos Sociais, que diz respeito a um grupo ou coletividade de pessoas, muitas vezes é de difícil determinação. O mesmo ocorre em relação à delimitação de sua titularidade ativa e passiva:

Abstraindo-se o conceito de direito subjetivo de sua vinculação tradicional, poder-se-ia, então, inferir um novo conteúdo para o mesmo, no qual a subjetividade diria respeito não mais apenas a um certo indivíduo mas, isto sim, seria uma subjetividade própria da condição humana, sendo, assim, vinculada ao gênero e não ao *espécimen* isolado (MORAIS, 1996, p. 110).

Para Greco Filho (1989, p. 41):

O conjunto de direitos individuais forma o patrimônio jurídico do indivíduo, o qual é completado por todos os demais direitos subjativos que a pessoa adquire dentro da ordem jurídica. Os direitos subjativos constitucionais servem de fundamento lógico e jurídico para os outros direitos considerados de hierarquia inferior. Isto não quer dizer, porém, que mesmo os direitos subjativos não constitucionalmente garantidos possam ser violados. De forma indireta, o princípio da legalidade e o respeito ao direito adquirido garantem a manutenção de todos os demais.

A promoção dos direitos subjativos, que estão relacionados aos direitos básicos do cidadão e, por consequência, intrinsecamente ligados ao Princípio da Dignidade Humana, é de fundamental importância para o equilíbrio das relações jurídicas, prin-

principalmente para a relação com o Estado, e assegura os princípios norteadores de um estado democrático: separação de poderes, segurança jurídica e autonomia individual. A fruição desses direitos nada mais é do que a garantia da autonomia privada e o meio pelo qual os cidadãos podem exercer sua autonomia pública:

Promover direitos subjetivos significa *per se* prover a garantia da autonomia privada. Uma vez que sem direitos básicos que assegurem a autonomia privada dos cidadãos não se haverá qualquer *médium* por meio do qual os cidadãos possam usufruir de sua autonomia pública. (CHAI, 2004, p. 176)

Verifica-se uma relação bilateral existente entre a autonomia privada e a autonomia pública que são a base para o exercício da cidadania e da dignidade humana, princípios que asseguram a confiança e a estabilidade nas relações jurídicas entre particulares e nas relações com o Estado.

E para que essas relações jurídicas e estatais sejam equilibradas, é necessário assegurar uma distribuição igualitária de direitos subjetivos a todos. O que, para Habermas (1997), constitui o papel do direito moderno:

A distribuição dos direitos subjetivos só pode ser igualitária se os cidadãos – enquanto legisladores – estabelecem um consenso acerca dos aspectos e critérios conforme os quais o igual vai receber um tratamento igual, enquanto desigual um tratamento desigual. E, portanto, apenas pode ter força legítima (legitimante) um procedimento democrático que promova um entendimento racional sobre essa questão.

A doutrina tende a salientar apenas o dever objetivo da prestação de políticas públicas pelos entes públicos e tenta minimizar seu conteúdo subjetivo. Contudo, mesmo nessa hipótese, Canotilho (1999) assevera que ainda que não seja possível a exigência judicial de um Direito Social como no modelo clássico de direito subjetivo, em se tratando de Direito Fundamental, os direitos à saúde e à educação, por exemplo, não deixam de receber a qualidade de direitos subjetivos pelo fato de não haver recursos materiais para sua concretização por parte do Estado.

Enquanto Otávio Henrique Martins Port (2005, p. 106) afirma que:

[...] os direitos sociais e econômicos podem gerar direitos subjetivos públicos positivos, plenamente exigíveis, não podendo as contingências orçamentárias destituir os direitos sociais de sua eficácia ou inviabilizar a sua exigibilidade jurisdicional, caso assim se conclua em vista da feição atribuída ao direito pela Constituição.

Por fim, urge ressaltar que todas as normas constitucionais que versam sobre Direitos Fundamentais são normas jurídicas dotadas de *eficácia, imperatividade e aplicabilidade imediata*, e, como tais, conferem ao particular o poder de exigir de imediato e individualmente em face do Estado, não havendo somente o poder de exigir deste em face do particular.

Entendemos que os Direitos Fundamentais Sociais, por serem normas constitucionais fundamentais e por conferirem ao indivíduo o poder de exigir, são em sua essência verdadeiros direitos públicos subjetivos, uma vez que são acionáveis judicialmente pelo cidadão na hipótese de falta de efetividade da norma constitucional garantidora dos Direitos Sociais.

As normas constitucionais que criam direitos subjetivos são direta e imediatamente exigíveis tanto do Poder Público quanto do particular, por via de ações constitucionais e infraconstitucionais estabelecidas no ordenamento jurídico vigente (BARROSO, 2009, p. 222).

## 4 Conclusão

É através do direito público subjetivo que o titular de um determinado direito (o particular) pode coagir judicialmente o Poder Público a concretizar um determinado interesse individual.

O poder de exigir, inerente ao direito público subjetivo, é reconhecido pelo próprio Estado e em face deste e pressupõe a pré-existência de uma relação jurídica entre o Estado e o particular, o que resulta numa limitação do poder estatal.

O direito público subjetivo configura-se como um mecanismo de defesa contra abusos do poder estatal contra a esfera individual e constitui um meio de proteção da liberdade individual. O direito público subjetivo tem por escopo a proteção de interesses individuais quando os mesmos coincidirem com o interesse público.

A figura do direito público subjetivo protege ao mesmo tempo um bem que é individual e social e enseja a exigibilidade de políticas públicas. O fundamento para essa exigibilidade se encontra no próprio texto constitucional de 1988 quando se adotou o modelo de Estado Social Democrático.

Ocorrido determinado desrespeito aos parâmetros delineados na Carta Magna de 1988 abre-se ao particular a faculdade de exigir do Poder Público a imediata correção da situação fática prejudicial ao interesse individual através do direito de ação, que tem como instrumento as ações judiciais.

A Administração Pública está sujeita aos deveres constitucionais como os demais administrados e, portanto, sujeita-se a uma interpelação judicial por via do exercício de uma prestação individual. O que impõe ao Estado uma atuação fundamentada nos ditames constitucionais e nos valores informadores do Estado Democrático de Direito: dignidade da pessoa humana, justiça social e cidadania.

## 5 Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVRITZER, Leonardo. Reforma Política e Participação no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

\_\_\_\_\_. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral da Política**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 06, fev./mai. de 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 31 de julho de 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CHAI, Cássius Guimarães. **Descumprimento de Preceito Fundamental, Identidade Constitucional e vetos à democracia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.



CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Atos Administrativos Especiais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DUARTE, Clarice Seixas. **O Direito Público Subjetivo ao Ensino Fundamental na Constituição Federal de 1988**. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito Público Subjetivo e políticas educacionais. **Revista Eletrônica São Paulo em Perspectiva**, v. 18, n. 02, Abr./jun. 2004.

\_\_\_\_\_. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Revista Educação & Sociedade**, v. 28, n. 100, Campinas, outubro de 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das liberdades. Direitos individuais na Constituição de 1988: habeas corpus, habeas data, Mandado de segurança individual, Mandado de segurança coletivo e Mandado de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1989.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights-why liberty depends on tax**. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

KIM, Richard P. Pae. Direito Subjetivo à educação infantil e responsabilidade pública. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Richard%20P.%20Pae%20Kim.pdf>>. Acesso em: 15 de novembro de 2010.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimidade para agir**. São Paulo: RT, 1991.

MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O Custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 17, n. 66, jan./mar., São Paulo: RT, 2009.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Podium, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Preliminares: O Estado e os sistemas constitucionais. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos interesses transindividuais**. O Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

PORT, Otavio Henrique Martins. **Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública**. RCS Editora, 2005.

RÃO, Vicente. **O Direito e A Vida dos Direitos**. Vol. I. O Direito. São Paulo: Max Limonad, 1952.

\_\_\_\_\_. **O Direito e a Vida dos Direitos**. Vol. II. Tomo I. Os Direitos. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1978.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 1980.

SANTI ROMANO. La Teoria Dei Diritti Pubblici Subbiettivi. **Gli Scritti Nel Trattato Orlando**. Milano: Giuffrè Editore, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista do Direito do Consumidor**. n. 30, abr./jun. 1999.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, ano I, v. 1, nº 1, abril de 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. **Direitos Fundamentais, orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. A cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os "Novos" Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas. Uma visão básica**. São Paulo: Saraiva, 2003.