

O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Dhenize Maria Franco Dias

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP. Advogada. Professora das disciplinas de Direito no Instituto Federal do Tocantins-Campus Palmas. Email: dhenize.dias@ifto.edu.br.

RESUMO

Não é somente o particular que possui deveres frente a outro cidadão e/ou frente ao Estado. O Estado, na qualidade de Administrador Público, também é regido por normas de direito e deve se submeter à lei e as normas constitucionais como seus administrados. Nesta esfera de direitos, surge o direito subjetivo que concede ao particular a possibilidade de acionar judicialmente em razão de um interesse individual. Quando o 'poder de acionar' se dá entre o particular em face do próprio 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: direitos fundamentais sociais, direito público subjetivo, exigibilidade judicial

INTRODUÇÃO

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. Nesta esteira, o presente trabalho teve por objetivo geral analisar a figura do Direito Público Subjetivo em face da sua possível exigibilidade por parte do particular em face do Estado.

2 O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO E A EXIGIBILIDADE DE DIREITOS EM FACE DO ESTADO

Nota-se que os direitos fundamentais individuais trouxeram consigo a ideia de exigibilidade desses direitos em face do Estado, os quais o indivíduo pode se valer na hipótese de violação por terceiros, gerando o cumprimento obrigatório não somente pelos particulares, mas 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.

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

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) (LOPES, 2006).

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.

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 que autoriza, constatada uma lesão a um direito fundamental social, a exigência contra o Poder Público de imediato e individualmente (DUARTE, 2004).

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 formam a base para a ação da Administração-Estado.

Qualquer desrespeito aos parâmetros definidos na Constituição de 1988, autorizam 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 medidas concretas (políticas públicas) que visem o 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, para a construção de uma escola ou 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.

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 tutelado e concretizado 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.

Luís Roberto Barroso explica que as normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos constitucionais 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” (BARROSO, 2009, p. 222).

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 CF/88 (BRASIL, 1988).

Ao administrado que se sinta lesado por tal inércia estatal, é facultado ao particular 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.

Outra polêmica se dá quanto à extensão da qualidade de direitos públicos subjetivos aos direitos sociais.

A promoção dos direitos subjetivos, 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 entre as relações jurídicas, principalmente, para a relação estatal 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.

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 e não somente o poder de exigir do Estado 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).

CONCLUSÃO

Ocorrido determinado desrespeito aos parâmetros delineados na Carta Magna de 1988 abre-se ao particular a faculdade de exigir do Poder Público a

imediate 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, se sujeita 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.

REFERÊNCIAS

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

AVRITZER, Leonardo. *Reforma Política e Participação no Brasil. Reforma Política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora 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. In: *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, nº 06, fevereiro a maio de 2010, p. 01.

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. Acesso em: 31 jul. 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*. Vol. 18, n. 02, Abril/junho, 2004.

_____. A educação como um direito fundamental de natureza social. *Revista Educação & Sociedade*, vol. 28, nº 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, Jürgen. *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 taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

KIM, Richard P. Pae. *Direito Subjetivo à educação infantil e responsabilidade pública*. disponível: <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, janeiro-março, nº. 66, São Paulo: RT, 2009, p. 156.

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.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 96.

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* 30, abr./jun. 1999, p. 101.

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

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *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.