

DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO – UMA ANÁLISE CRÍTICA¹

MONIQUE MODESTO UNGAR ALVAREZ²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito subjetivo: teorização e delimitação conceitual; 2.1. As teorias acerca do direito subjetivo; 2.2. Direito subjetivo e direito objetivo: razões da dicotomia – 3. Delimitação conceitual e outras questões – 4. Direito público subjetivo – 5. Considerações finais – 6. Referências.

RESUMO: O direito público subjetivo consiste em instituto que põe o seu titular em situação dotada de determinadas faculdades jurídicas que são garantidas através de normas. Daí a sua relevância quanto à efetivação dos direitos fundamentais, principalmente de cunho social, por parte do Estado que figura como sujeito passivo da obrigação. Com vistas à compreensão do instituto, o presente artigo se propõe a analisar as teorias desenvolvidas para conceituar o direito subjetivo, bem como as razões da dicotomia entre direito subjetivo e direito objetivo, a fim de chegar a uma delimitação conceitual satisfatória do direito público subjetivo.

Palavras chaves: Direito público subjetivo; Direito Subjetivo; Efetivação de Direitos.

1. INTRODUÇÃO

A análise do instituto do direito público subjetivo possui inegável importância pragmática, principalmente no cenário atual em que os direitos fundamentais, notadamente os sociais, são realizados de forma insatisfatória pelo Estado. Destarte, a interpretação do instituto, seu significado e alcance prático contribuem, inegavelmente, à proteção dos direitos dos administrados, de modo a compreender o papel do Poder Público na consecução do bem comum.

2. DIREITO SUBJETIVO: TEORIZAÇÃO E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

¹ O presente artigo foi adaptado e retirado da monografia “Políticas Públicas Educacionais e Direito Público Subjetivo” apresentada pela aluna Monique Modesto Ungar Alvarez como Trabalho de Conclusão de Curso no Curso de Direito, Universidade Salvador – UNIFACS.

² Graduanda em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS.

Para uma adequada compreensão do instituto do direito público subjetivo, faz-se necessário um esforço analítico inicial acerca do direito subjetivo. Tal abordagem se justifica pela dificuldade e dissenso conceitual acerca da matéria. Nos dizeres de Robert Alexy, “pertence ao grupo dos conceitos mais discutidos na literatura teórico-jurídica”.³

Ab initio, serão trabalhadas as teorias acerca do direito subjetivo. Posteriormente, passa-se à investigação das razões da dicotomia entre direito subjetivo e direito objetivo para, ao fim, desenvolver a conceituação mais acertada possível.

2.1. AS TEORIAS ACERCA DO DIREITO SUBJETIVO

Várias são as teorias elaboradas com vistas a conceituar e explicitar a natureza jurídica do direito subjetivo. Entretanto, a verdade é que, mesmo nos dias atuais, não houve êxito quanto ao esgotamento das discussões sobre o instituto. Entretanto, a análise de tais teorias permite alcançar um nível minimamente satisfatório acerca do conceito de direito subjetivo.

A primeira teoria a ser abordada é a chamada “teoria da vontade ou escola psicológica”, defendida precipuamente por Bernard Windscheid. Tal teoria classifica o direito subjetivo como uma vontade (poder de ação) reconhecida pela ordem jurídica. Tal vontade consistiria num dado existencial essencial e caracterizador da natureza humana.

Conforme sintetização de Caio Mário da Silva Pereira⁴, o direito subjetivo seria, para a escola psicológica, o direito de seu titular a certo comportamento do sujeito passivo com base no direito objetivo. Este titular, por seu turno, tem a faculdade de se utilizar ou não da norma jurídica para impor uma conduta ou para utilizar sanções cominadas em caso de transgressão. “O direito objetivo estatui, então, uma conduta, e a vontade pode expandir-se dentro dos limites traçados. Precisamente porque a faculdade de ação obedece ao impulso da vontade, esta é o fundamento ou o elemento essencial do direito subjetivo”.⁵

De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Jr.⁶, a teoria da vontade tem por base o homem médio. Isto é, baseia-se naquele homem que é responsável do ponto de vista jurídico e moral, porquanto seja ser consciente e moral. É exatamente aqui que está situada uma das mais consistentes críticas à teoria desenvolvida por Windscheid.

³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 1 ed. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 34.

⁵ *Ibid.*, loc. cit.

⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 147.

Explica-se: por vezes, o direito subjetivo pode existir mesmo que não haja vontade. A ausência, contrariedade à vontade ou até mesmo o desconhecimento de determinado direito não implica a extinção ou o não desvelar de um direito subjetivo. A nível de exemplificação, Miguel Reale⁷ traz o caso dos incapazes e nascituros a quem correspondem direitos, apesar de que estes não possam ser considerados como expressão de suas vontades.

Quanto a isto, Jorge Agudo González⁸ elucida que esta crítica foi reconhecida por Windscheid que, depois, afirmou que a vontade não seria do particular, mas do próprio ordenamento jurídico.

Pronto se comenzó a argumentar contra esta teoría. Em primer lugar, se alegó que, conforme a Ella, lós seres desprovistos de voluntad, como lós niños y los dementes, no podrían ser titulares de derechos subjetivos. Esta objeción, formulada por Thon, fue asumida por Windscheid, afirmando al respecto posteriormente que no se trataba de la voluntad del titular, sino del propio ordenamiento jurídico, que toma de la voluntad de éste el contenido de su precepto. Sin embargo, al admitir Windscheid este aspecto, parecería apartarse de la teoría voluntarista, ya que ahora el poder dejaba de depender de la voluntad individual, para pasar a depender de la norma objetiva. Además, sus palabras tampoco servirían para salvar la objeción formulada por Thon, pues aunque derivase el poder de la norma, siempre sería la voluntad individual que le daría contenido así pues, los derechos de los incapaces seguirían siendo igualmente injustificables con base en su respuesta.⁹

A segunda teorização acerca do direito subjetivo culminou na “teoria do interesse” sustentada por Rudolf von Jhering. Esta teoria “propõe substituir a vontade pelo interesse como conteúdo essencial do direito subjetivo”.¹⁰

A teoria do interesse, bem como a teoria da vontade, é alvo de críticas. Miguel Reale¹¹ pontua a amplidão e a indeterminação do termo “interesse”, além de chamar a atenção para o fato de que nem tudo o que interessa e é juridicamente protegido pode ser considerado como direito subjetivo. Na mesma esteira, Tercio Sampaio Ferraz Jr. entende que a concepção é “demasiado privatista, isto é, vê o problema apenas do ângulo do direito privado em que rege o princípio da autonomia da vontade”.¹²

A palavra “interesse” exprime certa atitude mental. Ora, é obviamente falso que alguém tenha um direito jurídico de exigir certa linha de conduta de outra pessoa apenas na medida em que tenha um interesse concreto por essa conduta. [...] Alguém tem um direito mesmo que não o use. É possível até mesmo ter um direito sem que se tenha conhecimento disso. Em tal caso, não pode existir qualquer interesse. Por outro lado, alguém pode estar intensamente interessado em que outro indivíduo

⁷ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 251.

⁸ GONZÁLEZ, Jorge Agudo. Evolución y negación del derecho subjetivo. In Revista Digital de Derecho Administrativo, n. 05, jan./jun. 2011. Disponível em <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2952/2596>>. Acesso em 03 out. 2012.

⁹ Ibid., p. 17-19.

¹⁰ MACHADO NETO, Antonio Luís. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 157.

¹¹ REALE, 2002, p. 254.

¹² FERRAZ JR., 2007, p. 148.

cumpra o seu dever jurídico, sem que tenha um direito jurídico (no sentido técnico, mas restrito do termo) sobre o outro. Assim, pode-se ter um direito a certa conduta da parte de outro indivíduo sem que se tenha interesse por essa conduta, e pode-se também ter o interesse sem que se tenha o direito.¹³

Assim, as teorias da vontade e do interesse foram objetos de inúmeras críticas, o que conduziu à elaboração das “teorias ecléticas ou mistas”. Nelas, autores como Jellinek, Michaud e Sternberg “intentaram salvar a tematização clássica do direito subjetivo através de um procedimento eclético que busca fundir os acertos das duas teorias criticadas”.¹⁴

Jellinek achou que havia um antagonismo aparente entre a teoria da vontade e a do interesse, porque, na realidade, uma abrange a outra. Nem o interesse só, tampouco apenas a vontade, nos dão o critério para o entendimento do que seja direito subjetivo. O conceito de direito subjetivo implica a conjugação desses dois elementos, motivo pelo qual ele dizia: direito subjetivo é o interesse protegido que dá a alguém a possibilidade de agir. É, portanto, o interesse protegido enquanto atribui a alguém um poder de querer.¹⁵

Interessante notar, dentro da obra de Jellinek, a doutrina dos quatro *status* que definem a posição do sujeito face ao Estado. Inicialmente, no *status subjectionis* (ou *status passivo*) o sujeito se encontra em posição de subordinação, devendo a prestação de deveres ao Poder Público que, por seu turno, tem o poder de vincular o indivíduo. De outro lado, o *status ativo* é aquele em que o sujeito influencia sobre a formação da vontade estatal. Este seria o caso dos direitos políticos, como o direito de voto.

Há, ainda, o *status negativo*, onde o indivíduo pode gozar sua liberdade sem as interferências/ingerências estatais. De acordo com ele, o sujeito possui um espaço de atuação onde o Estado não terá competência para intervir. Por último, o *status positivo*, também chamado de *status civitatis*, onde é possível que o sujeito exija a atuação positiva do Estado na realização de determinada prestação.

Este quarto *status*, é dizer, o *status civitatis*, relaciona-se intimamente com o direito público subjetivo. Isso porque, aqui há o reconhecimento da capacidade jurídica do indivíduo reclamar para si a atuação estatal e utilizar suas instituições/institutos em benefício próprio. Isto é, “o indivíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor”.¹⁶

Através da “simbiose dos elementos teleológico e psicológico”, o direito subjetivo poderia ser conceituado como aquele interesse protegido pela legislação através do reconhecimento da vontade. Conclui-se, portanto, que o direito subjetivo é a junção de três

¹³ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 3 ed. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 155.

¹⁴ MACHADO NETO, 1973, p. 157.

¹⁵ REALE, 2002, p. 255.

¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 255.

elementos: momento interno psíquico, momento externo finalístico e submissão à norma. Entretanto, a verdade é que “o ecletismo é sempre uma soma de problemas, sem solução para as dificuldades que continuam nas raízes das respostas, pretensamente superadas”.¹⁷

Além dessas três teorias básicas, torna-se interessante a abordagem de outros autores acerca do direito subjetivo. Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, resume o direito subjetivo em direito objetivo, identificando aquele como decorrência deste. Destarte, o autor aparece negando o direito subjetivo, pois este estaria incluso na própria norma.¹⁸

“Ora, conclui ele, o direito subjetivo não é senão a norma mesma enquanto atribui a alguém o poder jurídico correspondente ao dever que nela se contém. Pode, assim, ser visto como a norma enquanto referida a um sujeito”.¹⁹ Portanto, “o direito jurídico subjetivo é, em resumo, o direito objetivo”.²⁰

Já a teoria egológica do Direito de Carlos Cossio²¹, em contrapartida ao pensamento kelseniano, coloca o direito subjetivo como alvo de um duplo tratamento. Este tratamento se divide em dois planos: lógico e ontológico.

Primeiro, um tratamento lógico, na essência coincidente com a perspectiva kelseniana porque, desse ângulo, o conceito de direito subjetivo não transpõe o plano da norma, para o egologismo, o *logos* capaz de pensar o direito (conduta). Depois, um tratamento ontológico que irá transbordar do puro plano lógico-formal da norma para conceituar o direito subjetivo como conduta. No plano lógico, o direito subjetivo é a determinação do dever jurídico enquanto este dever vem determinado por um sujeito pretensor. No plano ontológico, o tema do direito subjetivo e o seu tratamento identifica-se com o das especificações da liberdade. Originariamente, toda conduta é liberdade – liberdade metafísica fenomenizada, dirá Cossio.²²

Vale, ainda, trazer o entendimento adotado por Miguel Reale acerca do que seria o direito subjetivo. Segundo ele, o direito subjetivo é espécie da situação objetiva. Segundo a teoria tridimensional, “toda regra de direito é uma estrutura que consubstancia o sentido essencial de uma relação entre fatos e valores”.²³

¹⁷ REALE, 2002, p. 255.

¹⁸ De acordo com Kelsen: “Este direito subjetivo tampouco se coloca, como o dever jurídico, face ao Direito (objetivo) como algo dele independente. É, tal como o dever jurídico, uma norma jurídica, a norma jurídica que confere um específico poder jurídico, que atribui um poder ou competência a um determinado indivíduo.” Cf. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 7 ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 151-152.

¹⁹ REALE, op. cit., p. 256.

²⁰ KELSEN, 2000, p. 116.

²¹ Observe-se que o Egologismo considera o direito como conduta e a ciência jurídica como aquela ciência das realidades que se apresentam: “Ya hemos visto el sinsentido que sería querer referirse a um homicida sin homicida o a uma venta sin vendedor; em una palabra, a los actos de conducta sin una persona.” Cf. COSSIO, Carlos. La “causa” y La comprensión en el derecho. 4 ed. Buenos Aires: Juarez Editor, 1969, p 57.

²² MACHADO NETO, 1973, p. 158.

²³ REALE, op. cit., p. 258.

As regras de conduta prefiguram uma classe de comportamentos possíveis. Assim, “haverá situação subjetiva toda vez que o modo de ser, de pretender ou de agir de uma pessoa corresponder ao tipo de atividade ou pretensão abstratamente configurada numa ou mais regras de Direito”.²⁴ Quando esta situação jurídica subjetiva implicar a possibilidade de uma pretensão (*Anspruch*) somada à exigibilidade de determinada prestação ou conduta de outrem, haverá direito subjetivo.

2.2. DIREITO SUBJETIVO E DIREITO OBJETIVO: RAZÕES DA DICOTOMIA

Na Era Moderna, a distinção entre direito subjetivo e direito objetivo ganhou os contornos visualizados na atualidade. O cristianismo trouxe consigo a noção do livre arbítrio. Assim, estabelece-se o homem como ser livre, conservando o seu espaço de autonomia (conceito positivo). Ao mesmo tempo, a liberdade de um sujeito encontra seus limites na liberdade do outro (conceito negativo).

A conjunção de ambos os conceitos de liberdade resultou na concepção de liberdade no sentido moderno, onde os sentidos privado e público são compartilhados. “É com base nessa liberdade, que funciona como limite à atividade legiferante do Estado, que irá configurar-se a noção de direito subjetivo em oposição ao direito objetivo”.²⁵

Para Tercio Sampaio Ferraz Jr. a dicotomia teorizada pela doutrina possui caráter eminentemente tópico, ou seja, um lugar comum retórico. Segundo o autor, “a expressão direito subjetivo cobre diversas situações, difíceis de serem trazidas a um denominador comum”.²⁶ Tal noção poderia ser contraposta à de direito objetivo, na medida em que representa a posição jurídica decorrente da normatividade.

A importância do direito objetivo está na necessidade de harmonização da sociedade através da restrição do comportamento individual pela conformação dos campos de liberdade de cada um, do grupo social e até mesmo do Estado. As normas são, portanto, regras de conduta impositivas que geram faculdades individuais.

O complexo de normas é a compreensão do direito objetivo que pode se apresentar sob diversas formas, podendo, até mesmo, haver variação na amplitude e abrangência do conceito de norma a depender da organização estatal e do sistema jurídico adotado por ele. É dizer, a noção de norma pode repousar na figura da lei propriamente dita

²⁴ REALE, 2002, p. 259.

²⁵ FERRAZ JR., 2007, p. 147.

²⁶ Ibid., p. 149.

(*civil law*) ou na figura dos precedentes judiciais (*common law*). Em verdade, o que importará é a existência de um conteúdo mínimo que abarque a legitimidade (norma como expressão da vontade coletiva), a obrigatoriedade e o caráter de sanção.

Como quer que seja, o direito objetivo compreende um complexo de normas, que os indivíduos devem obediência, sob a sanção do Estado, que no caso de transgressão é chamado, pelo seu órgão competente, a compelir o infrator a se sujeitar ao império da ordem jurídica.²⁷

A conceituação de direito objetivo, conforme se depreende desta sucinta exposição, permite inferir que os melindres e as dificuldades conceituais em derredor do tema estão concentrados no plano do direito subjetivo, na sua (in)existência e visualização, de acordo com as teorias abordadas no item anterior. Todavia, pode-se dizer que o direito objetivo e o direito subjetivo “são, pois, dois aspectos do mesmo ser, os quais se pressupõem e se completam. A faculdade sempre deriva da norma (direito objetivo) e, inversamente, a norma não teria implicação se inexistissem sujeitos capazes de pô-la em movimento”.²⁸

Conclui-se, nessa esteira, que o direito é um fenômeno, ao mesmo tempo, objetivo e subjetivo. É, assim, “um dado cultural, composto de normas, instituições, mas que, de outro lado, é também um fenômeno subjetivo, visto que faz, dos sujeitos, titulares de poderes, obrigações, faculdades, estabelecendo entre eles relações”.²⁹ Daí a importância da dicotomia ora apresentada, principalmente no que toca ao aspecto deste trabalho com relação à conceituação e implicações práticas do direito público subjetivo.

3. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E OUTRAS QUESTÕES

Feitas as devidas considerações, cabe, agora, ensaiar uma conceituação do que vem a ser o direito subjetivo, trabalhando seus elementos e composição. Inauguramos este esforço conceitual trazendo a exame as questões conexas aos direitos subjetivos levantadas por Robert Alexy.³⁰

A primeira questão tem cunho normativo e é subdividida em questões ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas. A divergência essencial entre estas é que as primeiras podem ser analisadas independentemente do sistema jurídico vigente. É dizer, em relação às questões ético-filosóficas, a indagação reside nos motivos que levam um sujeito a ter direitos e quais direitos seriam estes, sem depender da validade de determinado sistema jurídico.

²⁷ PEREIRA, 2008, p. 54.

²⁸ NOGUEIRA, Rubem. Curso de Introdução ao Estudo do Direito. 3 ed. Bahia: Nova Alvorada, 1996, p. 47.

²⁹ FERRAZ JR., 2007, p. 145.

³⁰ ALEXY, 2008, passim.

Em contrapartida, em face das questões jurídico-dogmáticas, o ordenamento jurídico é relevante para a aferição de um direito subjetivo. Aqui, são examinadas duas situações. Na primeira delas, existe uma norma *N* que gera um direito subjetivo ao sujeito *A*. Entretanto, é duvidoso, no caso concreto, que a norma *N* seja aplicável ao caso de *A*, fazendo surgir dúvidas acerca do direito subjetivo de *A* naquelas condições. De outro lado, na segunda situação, a norma *N* se aplica, indubitavelmente, ao caso de *A*. Todavia, existe dúvida quanto à norma *N* gerar para *A* um direito subjetivo.

Segundo Alexy, a esquematização dessas situações é importante para que se saiba quando, de fato, certa norma jurídica confere direito subjetivo a um indivíduo. Tal importância pode ser visualizada principalmente no campo processual, onde a violação ao direito subjetivo consistirá em “condição de admissibilidade e de êxito de uma demanda”.³¹

Em vista disso, cabe pontuar a relevância da proteção conferida ao ensino fundamental regular na Constituição de 1988. Ao estabelecer o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo de maneira positiva(da), o constituinte fixou a natureza jurídica no próprio dispositivo. Frise-se que, com isso, não se está dizendo que os outros direitos fundamentais sociais não sejam pretensões exigíveis, como será visto adiante.

Em segundo lugar estão as questões empíricas que compreendem os mais diversos aspectos. Dentre eles, o aspecto histórico deve ser ressaltado com base em dois exemplos trazidos por Alexy:

Nesse sentido, a criação de determinado direito subjetivo *R*, no momento *t*¹, para evitar a situação *Z*, considerada como negativa, e o fato de *R* ter evitado, com sucesso, essa situação são fortes argumentos para a manutenção de *R*, desde que *R* continue a ser, no momento *t*², adequado para evitar *Z* e que *Z* continue a ser avaliado como algo negativo. Em sentido semelhante, o fato de que um determinado direito subjetivo *R*, a partir da interpretação *I*, ou leva à consequência fática *K* ou tem a função social *F*, é um forte argumento para interpretar *R* no sentido de *I*, desde que *K* e *F* sejam avaliadas como algo positivo.³²

Da supracitada exemplificação se entende a manutenção (ou supressão) de um direito subjetivo de acordo com as mutações históricas e sociais, bem como em razão da interpretação juridicamente adequada e proveitosa do ponto de vista do resultado alcançado.

Em arremate, a análise das questões analíticas permite entender um pouco da dificuldade em se conceituar o instituto. Dentro da esfera analítica é que se observa a enorme diversidade de direitos subjetivos a partir das classificações das posições jurídicas.³³

³¹ ALEXY, 2008, p. 182.

³² Ibid., p. 183-184.

³³ De acordo com Robert Alexy, a norma é a expressão de um enunciado normativo. Essa expressão pode ser universal ou individual. Na norma universal o direito é colocado para uma universalidade de sujeitos, enquanto na norma individual este mesmo direito é dado a um sujeito em face de outro sujeito. Assim, se a norma

Após a breve análise das questões postas por Alexy, passa-se ao entendimento do que vem a ser o direito subjetivo a partir da destrição dos elementos básicos que o compõem. De início, o sujeito do direito aparece como o primeiro elemento a ser analisado. Esse sujeito é o titular do direito e “pode tratar-se de uma pessoa, um grupo de pessoas ou apenas uma entidade caracterizada por um conjunto de bens”.³⁴

O segundo elemento básico seria o conteúdo do direito. Este conteúdo consiste na faculdade jurídica específica que o sujeito/titular possui e na possibilidade de exigência/imposição daquilo que a norma lhe atribui como direito próprio, o que se faz através de procedimentos normativamente garantidos no ordenamento jurídico vigente.

Em terceiro lugar, está o objeto do direito que se funda no próprio bem/interesse juridicamente tutelado. E, por último, a proteção do direito. Isto é, o direito subjetivo traz em si a possibilidade de ser judicialmente exigido através de uma ação processual correspondente.

Da junção dos quatro elementos supramencionados, chega-se a três enunciados básicos que o caracterizam: (a) ao direito há um dever jurídico respectivo correspondente³⁵; (b) a possibilidade de haver violação àquele direito, o que acontecerá pelo descumprimento do dever/encargo que o sujeito passivo está obrigado a observar/garantir; e (c) a exigibilidade deste direito na via judiciária através de ação correspondente.

Destarte, chega-se à conclusão de que o direito subjetivo é a “posição de um sujeito numa situação comunicativa, que se vê dotado de faculdades jurídicas (modos de interagir) que o titular pode fazer valer mediante procedimentos garantidos por normas”.³⁶ É dizer, o direito subjetivo é a faculdade/prerrogativa do sujeito ativo de exigir determinada conduta por parte do sujeito passivo (dever jurídico) que está obrigado a observá-la porque descrita em norma como direito próprio de seu titular.

Luís Roberto Barroso, tratando de direitos subjetivos constitucionais, assinala três de suas características essenciais:

individual é válida, o sujeito se encontra em uma posição que consiste no direito que ele tem em face de outro sujeito. “Essa posição pode ser expressa pelo mesmo enunciado por meio do qual a norma individual foi expressa. Se a norma individual, segundo a qual a tem, em face de b, um direito a G, é válida, então, a encontra-se em uma posição jurídica caracterizada pelo direito a G que ele tem em face de b; e se uma posição jurídica de a consiste no fato de a ter, em face de b, um direito a G, então, é válida a norma individual segundo a qual a tem, em face de b, um direito a G.” Cf. ALEXY, Robert. 2008, p. 184-185.

³⁴ FERRAZ JR., 2007, p. 153.

³⁵ “O direito subjetivo apresenta-se sempre em relação jurídica. Apesar de relacionar-se com o Direito objetivo, ele se opõe correlativamente é ao dever jurídico. Um não existe sem o outro. O sujeito ativo da relação é o portador de direito subjetivo, enquanto o sujeito passivo é o titular de dever jurídico. Este possui o encargo de garantir alguma coisa àquele.” Cf. NADER, Paulo. Introdução do Estudo do Direito. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 306-307.

³⁶ FERRAZ JR, 2007, p. 153.

a) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; b) ele é violável, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar determinada prestação não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial.³⁷

No caso do direito público subjetivo, Eduardo García de Enterría esclarece que, apesar da figura subjetiva se originar no Direito Civil, sua aplicação é possível no âmbito do Direito Administrativo, “tanto em favor da Administração [...] como, o que agora nos interessa mais, em favor do administrado, o qual pode ser, como efeito, titular de direitos subjetivos dessa natureza comum, frente à Administração”.³⁸

O direito subjetivo, portanto, investe o sujeito numa situação jurídica imediatamente desfrutável que resultará na exigibilidade de uma prestação negativa ou positiva por parte do destinatário final. Caso a prestação não seja realizada, surge para o beneficiário do direito a exigibilidade do cumprimento da norma através da intervenção estatal que, *in casu*, será feita pelo Poder Judiciário.

Após este esforço acerca da conceituação de direito subjetivo, será examinada a classificação mais específica do direito subjetivo público e a relevância de tal instituto na seara jurídica.

4. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

Machado Neto³⁹ chama a atenção para o fato de que, inicialmente, tratou-se do direito subjetivo na esfera privada, “de tal modo que o campo dos direitos subjetivos públicos não tinha sido contemplado nas sistematizações propostas”.⁴⁰ Assim, a distinção é atual, pois antigamente não se admitia a existência do direito público subjetivo, partindo-se do princípio de que “o Estado como autor e responsável pela aplicação do direito, não estaria sujeito às suas normas”.⁴¹

El concepto de derecho público-subjetivo decimonónico toma como referente el concepto del Derecho privado, pues la teoría de la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos tiene su origen en este ámbito. La noción de derecho subjetivo se introdujo en el campo jurídico público como la obligada consecuencia de que las relaciones entre el Estado y sus súbditos e concibieran como relaciones jurídicas. Jellinek encontraría en ellos la base fundamental del Derecho público moderno, en la medida en que todo Derecho es una relación o conjunto de relaciones entre sujetos

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

³⁸ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 757.

³⁹ MACHADO NETO, 1973, p.160.

⁴⁰ Ibid., loc. cit.

⁴¹ NADER, 2006, p. 311.

de derechos: no puede hablarse de derechos subjetivos de un individuo aislado, tan siquiera del propio Estado si no se concibe respecto y contrapuesto a otras personas.⁴²

A classificação do direito subjetivo em público ou privado tem por base a pessoa do sujeito passivo da relação jurídica estabelecida no caso concreto. Assim, quando o sujeito passivo for pessoa de direito privado, o direito subjetivo será privado. De outro lado, quando o sujeito passivo for pessoa de direito público, o direito subjetivo será público.⁴³

O jurisfilósofo Eduardo Garcia Maynez concorda com o supracitado arranjo sistemático, de acordo com o qual haverá direito subjetivo público quando o particular for o titular de um direito subjetivo em face do Estado. Em contrapartida, os autores Aftalión, Olano e Vilanova entendem que haverá direito subjetivo público em duas situações específicas: “quando o Estado é obrigado e quando é sujeito pretensor de uma relação jurídica. Contanto que o Estado compareça em tais relações como entidade de direito público (*Imperium*) e não em sua figura de direito privado ou *fiscum*”.⁴⁴

Em verdade, a eficácia dos direitos públicos subjetivos se encontra, notadamente, intrincada com a ideia do Estado de Direito, visto como tal modelo engloba a consideração de valor dos administrados enquanto sujeitos de direito e, portanto, deve consistir numa organização estatal configurada para que esteja apta a respeitar e efetivar tais direitos.⁴⁵

Ademais, imperioso ressaltar que o instituto do direito público subjetivo protege interesses individuais, na medida em que estes coincidem com o interesse público. A própria origem do instituto revela assentamento na soberania do legislador que, por sua vez, criaria apenas um direito público subjetivo quando derivado de uma “vontade política que convergisse com os interesses do Estado”.⁴⁶

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, notória a importância do estudo do direito público subjetivo. Em verdade, o entendimento do instituto consiste em base primeira para a sua realização

⁴² GONZÁLEZ, 2011, p. 20-21.

⁴³ Segundo Jorge Agudo González, “derechos públicos-subjetivos serán aquellas pretensiones garantizadas al individuo para la satisfacción de sus intereses por normas de Derecho objetivo público. O como afirmaría más tarde Santi Romano, existe derecho público-subjetivo cuando aparece el Estado u otra entidad de carácter público como sujeto de la relación jurídica con un particular, en su calidad de poder público”. Cf. GONZÁLEZ, 2011, p. 23.

⁴⁴ MACHADO NETO, Antônio Luis. Teoria Geral do Direito. Rio de Janeiro: Edições Tempos Brasileiros, 1966, p. 111.

⁴⁵ GONZÁLEZ, op. cit., p. 24.

⁴⁶ APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 84.

fática que, por seu turno, possui grande relevância na medida em que se verifica a efetivação do bem comum, vista a coincidência entre o interesse individual protegido e o interesse coletivo.

Neste sentido, frise-se que o Poder Público, enquanto sujeito passivo de determinado direito público subjetivo, tem o dever de torná-lo efetivo nos moldes estabelecidos. Depreende-se, portanto, a inegável ligação entre o direito objetivo e o direito subjetivo que, ao contrário de se excluírem, complementam-se.

Deste modo, respeitando e realizando os direitos subjetivos públicos, o Estado estará cumprindo coerentemente o papel que lhe foi designado pelo legislador e prestigiando a posição do administrado enquanto sujeito de direito. Aqui, frise-se que, caso a prestação positiva ou negativa decorrente da situação jurídica imediatamente desfrutável não venha a ser realizada, o titular tem a seu favor a exigibilidade perante a via judicial.

Em vista disso, percebe-se que tal compreensão milita em favor da real efetivação dos direitos fundamentais através da atuação conjunta das três funções estatais no sentido de promover a observância prática dos direitos públicos subjetivos.

5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 1 ed. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSSIO, Carlos. La "causa" y La comprensión en el derecho. 4 ed. Buenos Aires: Juarez Editor, 1969.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GONZÁLEZ, Jorge Agudo. Evolución y negación del derecho subjetivo. In Revista Digital de Derecho Administrativo, n. 05, jan./jun. 2011. Disponível em

<<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2952/2596>>. Acesso em 03 out. 2012.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 3 ed. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Teoria Pura do Direito. 7 ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO NETO, Antonio Luís. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. Teoria Geral do Direito. Rio de Janeiro: Edições Tempos Brasileiros, 1966.

NADER, Paulo. Introdução do Estudo do Direito. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NOGUEIRA, Rubem. Curso de Introdução ao Estudo do Direito. 3 ed. Bahia: Nova Alvorada, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.