

Referência bibliográfica:

HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019.

São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais

Are social rights “subjective public rights”? Myths and confusions in the theory of fundamental rights

Daniel Wunder Hachem¹

Universidade Federal do Paraná (UFPR/Brail)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR/Brasil)
danielhachem@gmail.com

Resumo

O artigo pretende desconstruir alguns mitos que integram o senso comum teórico da teoria dos direitos fundamentais e refutar o enquadramento simplista dos direitos fundamentais sociais no conceito de “direito público subjetivo”, em geral realizado como forma de conferir a tais direitos um grau mais elevado de exigibilidade. Por meio de uma análise histórica da construção da categoria “direito público subjetivo”, busca-se demonstrar que tal figura já se revela insuficiente para descrever a feição contemporânea assumida pelos direitos fundamentais, uma vez que, desde o prisma jurídico-dogmático, todos os direitos fundamentais (tanto os “de liberdade”, quanto os “sociais” e os “transindividuais”) possuem na atualidade uma natureza jurídica complexa, marcada por uma dupla dimensão (subjetiva e objetiva) e por uma multifuncionalidade. Conclui-se que embora a ideia de “direito público subjetivo” tenha sido útil e importante para ampliar a tutela dos direitos fundamentais, ela é hoje insuficiente para conferir-lhes plena efetividade, sendo imprescindível a compreensão da estrutura complexa de tais direitos e de elementos como a distinção entre texto, norma e direito fundamental e a diferenciação entre “direito fundamental como um todo” e “pretensão jurídica jusfundamental”.

Palavras-chave: direitos sociais, direito público subjetivo, direitos fundamentais, multifuncionalidade, dimensão objetiva.

¹ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Praça Santos Andrade, 50, 1º andar, 80020-300, Curitiba, PR, Brasil. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Rua Imaculada Conceição, 1155, Bloco Vermelho, Bairro Prado Velho, 80215-901, Curitiba, PR, Brasil.

Abstract

The article intends to deconstruct some myths that integrate the theoretical common sense of the theory of fundamental rights and to contest the simplistic framing of social fundamental rights in the concept of “subjective public right”, generally conducted as a way of conferring a higher level of enforceability of these rights. Through a historical analysis of the construction of the category “subjective public right”, the article seeks to demonstrate that such figure is already insufficient to describe the contemporary profile assumed by fundamental rights, since, from the juridical-dogmatic prism, all fundamental rights (“liberties”, “social” and “transindividual” rights) currently have a complex legal nature, marked by a double dimension (subjective and objective) and a multifunctionality. The article concludes that although the idea of “subjective public right” was useful and important to broaden the protection of fundamental rights, it is insufficient today to give them full effectiveness, being essential to understand the complex structure of such rights and elements such as the distinction between text, norm and fundamental right and the distinction between “fundamental right as a whole” and “fundamental legal positions”.

Keywords: social rights, subjective public right, fundamental rights, multifunctionality, objective dimension.

Introdução

A proliferação doutrinária de pesquisas sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988, instaurou uma multiplicidade de discursos apoiados em matrizes filosóficas e ideológicas variadas, muitas das quais divergentes e contraditórias. No que toca ao reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos sociais, concepções liberais, positivistas, procedimentalistas, institucionalistas, entre tantas outras, ofereceram soluções diferenciadas para a problemática.

Embora persistam muitas dessas leituras distintas, inclusive as que negam aos direitos sociais a condição de autênticos direitos fundamentais e, por consequência, sua aplicação direta e sindicabilidade judicial, uma tendência específica ganhou corpo no Poder Judiciário brasileiro nas últimas três décadas. Trata-se da ideia segundo a qual tais direitos se enquadram no conceito de *direito subjetivo* e são, portanto, plenamente justiciáveis.² A proposta, bem-intencionada, visava a emprestar de uma vez por todas efetividade às disposições constitucionais e encontrou eco na jurisprudência nacional.³

No entanto, a falta de apuro técnico para compreender *em que medida e em quais situações* os direitos fundamentais – não apenas os chamados “sociais” – se apresentam como

² O entendimento é adotado por Luís Roberto Barroso. O autor, asseverando ser válida a aplicação da categoria “direito subjetivo” aos direitos previstos na Constituição, assinala as suas características essenciais: “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 uma 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”. BARROSO, 2005, p. 74.

³ É o caso, por exemplo, do seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. (...) O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. (...)”. BRASIL, 2012a.

uma pretensão jurídico-subjetiva, apta a ser reclamada judicialmente pela via individual, acarretou consequências destoantes das diretrizes constitucionais. Gerou-se um senso comum teórico, segundo o qual “se direito social é direito subjetivo, eu posso postular judicialmente as prestações que, ao meu juízo, estão contempladas por ele”. Uma avalanche de ações judiciais, sobretudo em matéria de saúde, passou a assolar o Poder Judiciário. O juiz tornou-se o protagonista da realização desses direitos, ganhando também a atenção hegemônica da doutrina especializada.

Este artigo tem por escopo apontar alguns dos principais problemas dos discursos atuais sobre a exigibilidade imediata dos direitos sociais, apoiados na noção de “direito público subjetivo”. Pretende-se demonstrar a *falta de percepção* quanto à natureza jurídica complexa dos direitos fundamentais no Estado Social e Democrático de Direito, a qual acaba por gerar confusões e dificultar uma efetivação igualitária desses direitos. Sem pretender de forma alguma negar aos direitos sociais a condição de direitos subjetivos, uma vez que eles efetivamente podem assumir a condição de pretensões jurídico-subjetivas, propõe-se aqui reconhecer que tais direitos não se reduzem a essa categoria, apresentando uma estrutura complexa que deve também levar em conta a sua multifuncionalidade e a sua dimensão objetiva.

Dois mitos na teoria dos direitos fundamentais herdados da “fantasia das gerações de direitos”

O primeiro alerta que deve ser feito diz respeito ao anacronismo de tentar transplantar de forma automática e acrítica conceituações elaboradas no século XIX à lógica dos direitos fundamentais. É o que ocorre com as figuras do *direito subjetivo* em sua vertente privatista e do *direito público subjetivo* de matriz publicista. O intento de vestir os direitos sob exame com tais armaduras jurídicas é uma das causas que prejudica o seu adequado manejo no cenário constitucional atual.

A manutenção desse apego se deve, em parte, à “fantasia das chamadas gerações de direitos”.⁴ A clássica alusão ao aparecimento de diferentes gerações de direitos fundamentais, que foram paulatinamente inserindo nas Constituições direitos de distintas espécies, acabou por suscitar a seguinte indicação, de feições reducionistas: (i) uma *primeira geração* decorreria do “Estado Liberal de Direito” no final do séc. XVIII, como reconhecimento das liberdades individuais como direitos essenciais dos seres humanos, tendo por conteúdo a imposição de restrições no campo de atividades do Poder Público, atribuindo-lhe um *dever de não-intervenção nas esferas jurídicas dos indivíduos*; (ii) a *segunda geração* resultaria do advento do “Estado Social de Direito”, germinado em princípios do séc. XX mas sedimentado com maior vigor posteriormente à Segunda Guerra Mundial, a partir do qual direitos dos trabalhadores e direitos a prestações fáticas como educação, saúde e assistência – rotulados de “direitos sociais” – foram sendo inseridos nas Constituições, tendo como traço principal a imposição de *deveres estatais de atuação prestacional e intervencionista*, voltados a promover a justiça social e a igualdade material; (iii) a *terceira geração*, surgida no final do séc. XX, teria nascido em decorrência da necessidade de tutelar bens jurídicos indivisíveis em uma sociedade de massa, exibindo como característica essencial a *titularidade transindividual – coletiva e difusa – dos direitos*, diante da impossibilidade de apropriação individual dos interesses por eles protegidos.

⁴ A expressão é de TRINDADE, 1997. p. 24-25.

Não são novas as críticas tecidas pela doutrina com relação a tal classificação, com lastro em uma *perspectiva histórica*. Em primeiro lugar, pelo fato de que ela faria transparecer uma suposta ocorrência de substituição gradual da geração precedente pela posterior,⁵ sendo que na verdade o que existe é uma complementação dos direitos já tutelados por aqueles que passam a ser constitucionalizados, ampliando a esfera de proteção da pessoa por meio da formação de um conjunto indivisível de direitos. Um exemplo de demonstração de tais características – de complementaridade e indivisibilidade dos direitos humanos – estaria no fato de que os direitos de liberdade não poderiam ser efetivamente fruídos pelos seus titulares sem que direitos sociais básicos fossem assegurados, propiciando condições de existência digna necessárias para o exercício das liberdades individuais (PIOVESAN, 2007, p. 13). Em segundo lugar, ainda sob uma *perspectiva histórica*, a crítica à classificação dos direitos em gerações sustenta-se no argumento de que se trata de uma visão eurocêntrica e inadequada sob o prisma historiográfico, pois nem todos os países vivenciaram todas essas etapas (primeira, segunda, terceira gerações...), ou então não passaram pela constitucionalização de tais direitos na mesma ordem cronológica que os demais Estados.

Diante de tais críticas, parcela da doutrina sugere alterar a terminologia *gerações* pela expressão *dimensões*, numa tentativa de corrigir as mencionadas falhas da primeira nomenclatura (SARLET, 2010, p. 45). Contudo, em termos práticos, essa alteração não modifica em absolutamente nada os problemas apontados. Ainda que as referidas críticas possuam alguma relevância, elas deixam de revelar a principal consequência deletéria da classificação dos direitos fundamentais em gerações. É bastante evidente que as liberdades individuais seguem sendo protegidas pelas Constituições de países realmente democráticos, não tendo sido “substituídas” pelos direitos sociais e pelos direitos transindividuais (aliás: alguém, de fato, sustenta ter ocorrido o contrário?). É também muito claro que a sequência de incorporação de direitos nas Constituições (primeira, segunda, terceira gerações...) não retrata com rigor a experiência exata de todos os Estados na contemporaneidade, de modo que não há razões para recluir que os estudiosos do tema cheguem a uma conclusão diversa.

Na realidade, o verdadeiro problema da referência às “gerações de direitos” reside na *esfera jurídico-dogmática*, decorrendo da equivocada suposição de que cada uma dessas “modalidades” de direitos fundamentais ostenta características jurídicas que lhe são inerentes e que a diferenciam das outras espécies.⁶ De tal raciocínio derivam *dois mitos*, que atualmente compõem o senso comum teórico da teoria dos direitos fundamentais e representam sérios obstáculos para a percepção de sua complexidade e para a sua efetivação integral (e não meramente parcial). Esses dois mitos resultam numa sobrevalorização da força jurídico-imperativa dos direitos integrantes da assim chamada “primeira geração”, pelo fato de que

⁵ Essa preocupação, na realidade, não parece ser procedente. Em primeiro lugar, porque sob o prisma da metáfora, é plenamente possível a existência simultânea e convivência de gerações distintas, como a de uma avó com sua filha e sua neta, por exemplo. Na noção de “gerações”, não existe uma substitutividade obrigatória da geração posterior em relação à anterior como uma característica intrínseca. Em segundo lugar, porque sob o prisma dos direitos fundamentais, é bem óbvio que a proteção dos direitos sociais não eliminou (nem pretendeu eliminar) a tutela dos direitos de liberdade, tendo sido evidentemente uma proteção adicional e complementar. Afinal, quem é que sustenta que uma geração de direitos “substituiu” a outra? Se ninguém sustenta isso, qual é o receio de se utilizar a expressão “gerações”?

⁶ Essa explicação, da qual se discorda frontalmente pelos motivos adiante expendidos, é apresentada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao afirmar que “as três gerações, como o próprio termo *gerações* indica, são os grandes momentos de conscientização em que se reconhecem ‘famílias’ de direitos. Estes têm assim características jurídicas comuns e peculiares. Ressalve-se, no entanto, que, no concernente à estrutura, há direitos que, embora reconhecidos num momento histórico posterior, têm a que é típica de direitos de outra geração. Mas isso é um fenômeno excepcional”. FERREIRA FILHO, 2012. p. 24. Diferentemente do autor, o que se sustentará no presente trabalho é que a estrutura e as características de todos os direitos fundamentais é rigorosamente a mesma, não havendo qualquer excepcionalidade nisso.

somente eles se enquadrariam perfeitamente nas características da figura que outorga ao indivíduo o mais elevado nível de tutela pelo Direito: o *direito subjetivo*.

O primeiro desses dois mitos advém da clivagem entre direitos de primeira e segunda geração, consistindo na afirmação de que enquanto os “direitos de liberdade” (primeira geração) não dependeriam de prestações positivas fáticas e normativas para a sua tutela, os “direitos sociais” (segunda geração) necessitariam de regulamentação normativa dos seus contornos e de elevados custos financeiros para serem realizados. Tal característica atribuiria aos “direitos de liberdade” o status de autênticos *direitos subjetivos (públicos)*, porque oponíveis ao Estado), possuidores de aplicabilidade imediata sem necessidade de regulamentação integrativa, cuja plena efetivação poderia ser obtida por meio de um provimento jurisdicional de não fazer dirigido ao Poder Público. Os “direitos sociais”, a seu turno, não desfrutariam da condição de genuínos *direitos subjetivos*, na plenitude do termo. Ainda que pudessem ser passíveis de postulação judicial, sua satisfação careceria de disponibilidade orçamentária e de regulamentação infraconstitucional. Logo, seriam desprovidos de aplicação imediata. Em contraposição a esse primeiro mito, parcela da jurisprudência e da doutrina optou por argumentar que tais direitos seriam sim verdadeiros direitos subjetivos, exigíveis na sua integralidade perante o Poder Judiciário, numa tentativa de amoldá-los às categorias antes aludidas, forjadas no século XIX.⁷ Essa proposta de combate, que constituiu expressivo avanço na dogmática constitucional nacional, hoje se mostra insuficiente e incapaz de resolver o problema.

O segundo dos dois mitos mencionados consiste na ideia de que a titularidade transindividual seria característica exclusiva dos chamados “direitos de terceira geração”. Cuida-se da afirmação de que haveria determinados direitos fundamentais cuja titularidade, por essência e em sua totalidade, recairia somente em determinados grupos ou em uma coletividade indefinida. O exemplo clássico é o do direito a um meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Esses direitos não seriam suscetíveis de reivindicação mediante uma tutela judicial individual, tendo sua proteção restringida ao uso de mecanismos de tutela processual coletiva. Tal característica enfraqueceria sua proteção jurídica, uma vez que, se diversos sujeitos possuem igual interesse em sua tutela, não seria possível encaixá-los no conceito de *direito subjetivo*, seja em seu perfil privatista ou publicista, já que um dos elementos basilares dessa figura seria a outorga de titularidade a um indivíduo determinado.

A conjunção desses dois mitos conduz a uma *visão de túnel* dos direitos fundamentais: mira-se apenas na função de defesa dos direitos de liberdade (primeira geração), na função de prestação fática dos direitos sociais (segunda geração) e na titularidade transindividual dos direitos coletivos (terceira geração), sendo que, em verdade, todos esses direitos são dotados dessas três características. Como se busca evidenciar nas próximas páginas, todos os direitos fundamentais, em razão da complexidade de sua natureza jurídica e estrutura normativa, possuem concomitantemente a totalidade dos traços que supostamente seriam peculiares a cada uma das gerações: (i) dirigem deveres de abstenção ao Poder Público; (ii) impõem ao Estado obrigações de prover prestações fáticas e normativas; (iii) possuem ao mesmo tempo tanto a titularidade transindividual supostamente exclusiva dos “direitos de terceira geração”, quanto a titularidade individual alegadamente típica dos “direitos de primeira e segunda geração”.

Há algum tempo o primeiro mito vem sendo objeto de críticas pela doutrina nacional e estrangeira, tendo-se avançado no reconhecimento de que tanto os “direitos de liberdade”

⁷ Valendo-se da figura do direito subjetivo para conferir efetividade às normas constitucionais programáticas no campo dos direitos fundamentais sociais: FERRARI, 2001. p. 220 *et seq.*

quanto os “direitos sociais” impõem ao Estado deveres de abstenção e de prestação (material e normativa).⁸ Todavia, na maior parte dos casos, os autores que trazem essa reflexão deixam de explicar de que forma essa característica seria capaz de resolver o reduzido grau de efetividade dos direitos fundamentais sociais quando comparado ao dos direitos de liberdade. Em geral, ainda que admitindo que todos os direitos fundamentais dependem simultaneamente de abstenções e de ações positivas do Poder Público, tais autores acabam afirmando que embora todos eles gozem de aplicabilidade direta, o nível de exigibilidade das liberdades individuais é mais elevado do que o dos direitos sociais.⁹

O que neste momento impende demonstrar, como pressuposto chave para a posterior refutação de tais mitos, é: (3) a impropriedade do enquadramento automático dos direitos fundamentais em conceitos sedimentados no século XIX; em razão da (4) complexidade desses direitos, marcada por uma estrutura bidimensional e multifacetada.

A inadequação da transposição simplista das noções de “direito subjetivo” privatista e de “direito público subjetivo” publicista do século XIX

As origens dos direitos fundamentais, costuma-se dizer, remontam à afirmação do Estado de Direito no final do século XVIII, com a sua consagração como limite ao exercício do poder político. Tratava-se de uma solução para combater a forma arbitrária de atuação estatal, salvaguardando a esfera jurídica individual dos cidadãos (ZAGREBELSKY, 2007, p. 28). É natural, portanto, que a dogmática geral dos direitos fundamentais tenha sido tradicionalmente arquitetada para resolver questões relativas à função defensiva de tais direitos contra ingerências indevidas do Poder Público (GAVARA DE CARA, 2010, p. 13).

O reconhecimento de liberdades individuais, que deveriam restringir e condicionar o agir do Estado, dependia da criação de estruturas jurídicas que garantissem a sua eficácia. A figura do direito subjetivo, já desenvolvida no marco do Direito Privado, assumiu esse papel ganhando uma nova roupagem: a de *direito público subjetivo*. Sua função seria a de traçar os poderes e deveres provenientes da relação jurídica entre cidadão e Estado e convertê-los em objeto de proteção judicial (AMARAL, 2003, p. 196-197).

Essa perspectiva liberal dos direitos fundamentais girava em torno da relação subjetiva estabelecida pela lei entre o indivíduo e a pessoa jurídica estatal. De um lado, o cidadão como sujeito ativo do vínculo jurídico, titular de um direito subjetivo; de outro, o Estado como destinatário do objeto da relação, consistente em uma obrigação de fazer ou não fazer. Cuidava-se, simplesmente, de lançar mão da categoria do direito subjetivo, forjada no Direito Privado, aplicando-a ao Direito Público. Daí porque falar-se em *direito público subjetivo*: um direito subjetivo oponível ao Estado. O instituto se revestiria das características inerentes ao seu equivalente jusprivatista, em especial do poder de exigir do destinatário o cumprimento da prestação objeto da relação jurídica, inclusive pela via judicial em caso de resistência.¹⁰

⁸ Entre outros: HOLMES; SUNSTEIN, 2011. p. 55 *et seq*; ABRAMOVICH; COURTIS, 2004. p. 24; KRELL, 2002. p. 47; AMARAL, 2001. p. 69 *et seq*.

⁹ Cf. SARLET, 2010, p. 268 e 271; SILVA, 2008. p. 593-594 e 597.

¹⁰ O problema dessa transposição, conforme o alerta de Celso Antônio Bandeira de Mello, é que: “a visão tradicional do direito subjetivo, montada em vista de relações privadas, não teve sob seu foco de mira relações de direito público ou situações de direito público que se marcam pelo específico propósito de assujeitar o Estado a um completo respeito aos interesses dos indivíduos, mas cuja compostura evidentemente não é idêntica ao universo de situações despertadas pelas relações entre particulares”. MELLO, 2009. p. 42.

Esse raciocínio, embora lógico e plenamente justificável para a conjuntura de então, merece reflexão mais aprofundada quando se pretende aplicá-lo à operacionalização do sistema de direitos fundamentais na atualidade. É ainda extremamente comum a tentativa de inseri-los na embalagem oitocentista dos “direitos públicos subjetivos”:¹¹ além de se tratar de expressão muito “querida na doutrina nacional” (SARLET, 2010, p. 152),¹² é reiteradamente empregada pela jurisprudência¹³ e utilizada pelo próprio texto constitucional vigente, ainda que uma única vez, ao prever o direito de acesso à educação básica gratuita.¹⁴ Não obstante, como se buscará demonstrar, tal figura se apresenta ora inadequada, ora insuficiente para dar conta da complexidade jurídica dos direitos fundamentais no modelo social e democrático do Estado de Direito.

Antes de investigar as raízes da construção da teoria dos direitos públicos subjetivos, vale identificar alguns caracteres e elementos essenciais da noção geral de *direito subjetivo*, largamente manejada pelo Direito Privado. Não se irá aqui perquirir a fundo as origens históricas dessa figura,¹⁵ nem as múltiplas teses a respeito de sua essência,¹⁶ bastando para os fins a que se destina este tópico compreender o seu significado e utilidade.

Uma conceituação interessante é esboçada por Roger Bonnard (1932, p. 707), para quem o direito subjetivo é “o poder de exigir de alguém, em virtude de uma regra de direito objetivo, alguma coisa na qual se tem interesse, sob a sanção de uma ação na justiça; sendo o conteúdo da coisa exigível fixado imediatamente seja pelo direito objetivo, seja por um ato jurídico individual”. Similar é a noção formulada por José Carlos Vieira de Andrade (2012, p. 112), que o define como “um *poder* ou uma *faculdade* para a realização *efetiva* de *interesses* que são reconhecidos por uma *norma* jurídica como *próprios* do respectivo titular”.

O componente primordial do direito subjetivo em tais explicações é o *poder de exigir* algo de outrem, conferido pela norma de Direito objetivo a um determinado indivíduo. Como sanção para garantir a sua realização, o instituto traz consigo a possibilidade de o seu titular propor uma ação judicial. A essência do direito subjetivo está no poder de exigir a sua realização, mas, essencialmente ligada a este, encontra-se a sua sindicabilidade jurisdicional. Contudo, este segundo elemento – a *acionabilidade judicial* – exsurge apenas como uma consequência ao descumprimento do primeiro – o *poder de exigir*. Se a exigência é satisfeita sem resistência, inexistente a possibilidade de recorrer ao Judiciário. Logo, esta não pode ser

¹¹ É o caso, por exemplo, de: DIAS, 2012, p. 233-250.

¹² Constatação feita por Ingo Sarlet, antes de apontar suas críticas à utilização dessa expressão.

¹³ São incontáveis os acórdãos do Supremo Tribunal Federal que versam sobre direitos fundamentais e recorrem à noção de direito público subjetivo para reconhecer sua operatividade jurídica. Entre tantos outros, calha citar os seguintes trechos de ementas nesse sentido: “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 12.12.2006. DJ 02.02.2007); “Servidor público portador de necessidades especiais – Direito público subjetivo à aposentadoria especial (CF, art. 40, § 4º)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 1841. Relator Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 06.02.2013. Acórdão eletrônico DJe-049, divulgado em 13.03.2013 e publicado em 14.03.2013); “É direito público subjetivo do Paciente que o julgamento de habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça ocorra em prazo razoável.” (BRASIL, 2012b).

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (...) § 1º. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é *direito público subjetivo*”.

¹⁵ Sobre a origem e o desenvolvimento do conceito no período medieval e no pensamento jurídico moderno, consultar, respectivamente, os itens “A gênese do direito subjetivo em Guilherme de Ockham” e “A teoria das finalidades do Direito (o direito do indivíduo em Hobbes)”, na obra: VILLEY, 2009. p. 250-288; 686-720.

¹⁶ O exame das principais teorias sobre o tema – como as de Savigny, Windscheid, Ihering, Jellinek – e daquelas que negam a existência dos direitos subjetivos, como as de Kelsen e Duguit, é realizado por: RÁO, 1991. p. 483-587.

reputada como cerne do direito subjetivo (BONNARD, 1932, 714-715), embora se revele como uma característica que o acompanha.

O que se pode perceber, além do elemento essencial e do atributo extrínseco acima salientados, é que a base do conceito tradicional de direito subjetivo repousa sobre a ideia de *interesse individual*. Ele resultará do amálgama entre este último e a sua correspondente proteção jurídica estatal, derivada de uma eleição entre os valores reputados como socialmente relevantes e dignos de resguardo pelo ordenamento jurídico (MANCUSO, 2004, p. 51). Essa particularidade já se deduz da própria nomenclatura utilizada: é subjetivo por ser exclusivo do seu titular, um sujeito determinado. Daí porque se dizer que o direito subjetivo traduz-se no “instrumento de realização do *individualismo jurídico*, tanto na vertente política, o liberalismo, quanto na econômica, o capitalismo” (AMARAL, 2003, 189). Não por outro motivo é considerado como “figura típica da relação de direito privado (...) Para alguns até, o direito civil é o conjunto sistemático dos direitos subjetivos” (AMARAL, 2003, p. 187-188).

A submissão do Poder Público ao ordenamento jurídico, em fins do século XVIII, fez surgir a necessidade de criar mecanismos e técnicas para assegurar que sua atuação seguiria afivelada aos ditames da lei. A inexistência de um conjunto de princípios e regras específicos para disciplinar as relações entre cidadão e Estado fez com que, ao longo do século XIX, fossem aplicadas inicialmente as ferramentas já consolidadas pelo Direito Civil.¹⁷ Foi o que ocorreu, apenas para dar um exemplo, com a responsabilidade patrimonial do Estado (BACELLAR FILHO, 2007, p. 207). Em matéria de direitos fundamentais não foi diferente: a ausência de um amplo desenvolvimento científico do Direito Público, com categorias dogmáticas próprias, conduziu a doutrina e a jurisprudência a transplantarem para o Direito Constitucional a figura do direito subjetivo, forjada sob a égide do Direito Privado (SARMENTO, 2004, p. 133).

Esse transplante não encontrou maiores dificuldades à época, pois a ideologia do constitucionalismo liberal reduzia a compreensão dos direitos fundamentais à dimensão subjetiva. Sua função se limitava a conferir aos cidadãos pretensões jurídicas individuais, oponíveis à Administração e suscetíveis de exigir dela determinadas abstenções, proibindo-a de interferir indevidamente nas liberdades dos indivíduos. Assim, bastava identificar qual era a posição subjetiva na qual o sistema normativo investia o titular do direito fundamental para esgotar as suas potencialidades jurídicas.

Com supedâneo nesse entendimento, o direito subjetivo se converteria em gênero, comportando duas espécies: o privado, já conhecido, e o público, carente de teorização. Seria *privado* quando se tratasse de pretensão jurídica invocável nas relações entre particulares; *público*, quando fosse oponível ao Estado, nas relações travadas entre este e o cidadão. Dentro dessa visão, a essência de tais espécies de direito subjetivo seria exatamente a mesma. A principal diferença entre elas residiria no sujeito que figura no pólo passivo da relação jurídica. Mas afora esse aspecto formal, seus elementos constitutivos intrínsecos seriam idênticos, bem como a sua natureza material (ainda que o direito subjetivo *público* esteja extrinsecamente afetado por peculiaridades próprias das relações jurídico-administrativas).¹⁸ Segundo esse raciocínio, um mesmo direito subjetivo pode ser, simultaneamente, privado e público, caso ele possa ser exigido tanto do Estado quanto de outro particular. Seria o caso da liberdade de consciência: ela poderá apresentar-se como um direito subjetivo público ou

¹⁷ Afinal, conforme recorda Weida Zancaner, “a utilização das normas de direito público para abarcar todas as atividades exercidas pelo Estado foi uma conquista lenta e gradual do Estado de Direito”. ZANCANER, 2011, p. 295.

¹⁸ Entre elas, Eduardo García de Enterría destaca: (i) todas as especificidades oriundas da posição privilegiada de que desfruta a Administração, em especial a prerrogativa de autotutela; (ii) a possibilidade de que alguns desses direitos do cidadão venham a ser alvo de limitação, modificação, ou até mesmo de sacrifício por parte da Administração. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1975, p. 428.

privado, a depender da pessoa em face de quem o seu titular pretender exigir uma abstenção contra a afetação de sua liberdade (BONNARD, 1932, p. 697 e 709).

A doutrina dos *direitos públicos subjetivos* originou-se de diferentes formulações teóricas e aplicações práticas. Não vem ao caso, nesta sede, destrinchar as peculiaridades e distinções das múltiplas concepções que se debruçaram sobre a temática.¹⁹ Importa salientar, no entanto, a forma e as razões pelas quais os direitos fundamentais foram associados a essa categoria, para então verificar se os seus traços característicos autorizam a manutenção do seu emprego como instrumento de realização de tais direitos.

A construção teórica dos direitos fundamentais no liberalismo oitocentista teve como marco, ao final do século XIX, a doutrina dos direitos públicos subjetivos formulada por Georg Jellinek (1892).²⁰ Tal concepção destoava da vertente jusnaturalista dos “direitos do homem”, que admitia a existência de direitos inatos do ser humano, cuja validade precedia a formação do Estado por derivar do Direito Natural. O que se objetivou com a sua teorização foi afastar-se dessa fundamentação, própria do racionalismo iluminista hegemônico de fins do século XVIII, e situar os direitos fundamentais em um marco jurídico positivo (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 35). Para tanto, buscou-se inseri-los em um sistema de vínculos jurídicos relacionais entre o Estado e o cidadão individual, estabelecido pelo ordenamento normativo positivado (ALMEIDA, 2001, p. 47). Essa formulação se desenvolve a partir da *teoria positivista* dos direitos fundamentais, segundo a qual estes não antecedem a existência da organização política. Consistem em autolimitações, estabelecidas pelo próprio Estado ao seu poder soberano, para possibilitar o convívio deste último com as esferas de liberdades dos indivíduos. Tal concepção, apoiada na ideologia do positivismo jurídico, pretendeu transpor à dogmática constitucional conceitos e pressupostos metodológicos do Direito Privado (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 303).

Isso se percebe ao observar alguns dos caracteres dos direitos públicos subjetivos ressaltados na obra de Jellinek (1912, p. 10 e 56): a necessidade de sua *previsão pela lei* e a sua suscetibilidade de ser atribuído a um *sujeito singular*, pois “o direito subjetivo do indivíduo, no campo do direito público, consiste exclusivamente na capacidade de pôr em movimento a norma jurídica no interesse individual”. Sua teoria se enquadrava, pois, nos marcos do positivismo jurídico e do individualismo: o primeiro, por negar a fundamentação jusnaturalista dos direitos, reduzindo-os às pretensões dedutíveis de normas legalmente positivadas; o segundo, por circunscrever a titularidade dos direitos ao indivíduo singularmente considerado, enfocando a relação sujeito individual vs. Estado.

Em um sentido genérico, a expressão “direitos públicos subjetivos” se refere aos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico aos particulares frente aos Poderes Públicos. Em uma acepção mais técnica, contudo, a nomenclatura é reservada apenas aos direitos do cidadão em face do Estado que se sujeitem ao regime de Direito Administrativo. Não se incluem nessa categoria os direitos que os sujeitos privados ostentam frente ao Poder Público nas situações em que este não atua em posição de supremacia, vale dizer, nas relações entre o particular e a Administração que seja regida pelo Direito Privado. Por esse motivo, o *público* da locução sob exame exhibe duplo significado: de uma parte, por se tratar de direitos contra o Estado; de outra, por estarem disciplinados juridicamente pelo Direito Público, em especial pelo Direito Administrativo (DÍEZ-PICADO, 2008, p. 41).

¹⁹ Um esboço histórico nesse sentido, com a exposição sobre as variadas vertentes das Escolas alemã, francesa, italiana e espanhola sobre os direitos públicos subjetivos, pode ser encontrado em: QUIROGA LAVIÉ, 1985. p. 1-40.

²⁰ A referência é da obra original em alemão. A edição consultada para a elaboração do presente estudo foi a tradução italiana da segunda edição tedesca.

O funcionamento dessa figura representou um dos principais pilares do Estado Liberal de Direito, pois ela estava estreitamente alinhada aos seus postulados políticos. Trata-se verdadeiramente, como visto, de um fruto da ideologia liberal individualista. Sua razão de ser está na defesa do indivíduo perante o poder político, já que a essência da categoria em apreço consiste em aparelhar o particular contra possíveis investidas do Estado em sua esfera de liberdades individuais, concebidas em um sentido negativo.²¹ Nisso se resume o conteúdo dos direitos públicos subjetivos, teorizados no outono do século XIX: atribuir ao cidadão, mediante previsões positivadas em lei, posições subjetivas que lhe resguardem um espaço de autonomia privada protegido contra a interferência estatal. As faculdades decorrentes de tais pretensões jurídicas permitem ao seu titular – o sujeito privado – exigir judicialmente a abstenção dos Poderes Públicos de invadir essa área de autonomia individual delimitada pelo próprio legislador.

Enquanto os direitos fundamentais eram compreendidos nesses termos, não havia grandes obstáculos em amoldá-los a esses conceitos. Porém, as transformações vivenciadas pelo Direito Constitucional no século XX, com a emergência de direitos dotados de feições diferenciadas e que visavam a proteger bens jurídicos distintos, começaram a ensejar alguns problemas. Provoca uma certa crise na teoria dos direitos fundamentais a dificuldade de enquadrar no conceito de direito subjetivo, seja em suas vestes privatistas ou publicistas, as pretensões jurídicas relativas a direitos sociais, econômicos e culturais (chamados “direitos de 2ª geração”) e a direitos de titularidade coletiva e difusa (ditos “direitos de 3ª geração”). Os primeiros porque exigiriam condutas ativas do Estado (normativas ou fáticas), o que tornaria difícil sua tutela judicial por afetar decisões políticas dos demais poderes constituídos (criação de normas e alocação de recursos). Os segundos por não serem titularizados por um sujeito individual determinado, fato que constituiria um óbice à legitimação para atuar em juízo e aos limites subjetivos da coisa julgada. Assim, convencionou-se dizer (até fins do século XX) que apenas os “direitos de 1ª geração” seriam autênticos direitos subjetivos, porque demandáveis judicialmente.

A forma encontrada por alguns para rechaçar esse enfraquecimento da proteção jurídica dos direitos fundamentais sociais e dos transindividuais foi aplicar a eles a própria lógica do século XIX, afirmando a sua condição de legítimos direitos subjetivos. A explicação seria a seguinte: se a Constituição prevê, por exemplo, o direito à saúde entre os fundamentais, este deverá ser compreendido como um direito público subjetivo porque a disposição que o assegura “não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional”.²² Assim, tudo se tornaria singelo: sendo um direito fundamental albergado constitucionalmente sua exigibilidade judicial seria plena, por se tratar de um direito subjetivo, categoria cuja essência é a atribuição ao seu titular de um *poder de exigir* algo que, se descumprido, abre acesso à tutela jurisdicional. É a lógica que conduziu a um ativismo judicial desenfreado no Brasil.²³

²¹ Fernando Dias Menezes de Almeida explica que “a garantia da liberdade negativa apenas é possível com a reserva aos indivíduos de uma esfera privada de ação, livre da interferência (coerção) externa. Pensando-se na vida humana em sociedade, dir-se-ia que o homem só é livre (no sentido negativo) se seus semelhantes e se o Estado não puderem invadir coercitivamente essa tal esfera privada de ação”. ALMEIDA, 2001, p. 19-20.

²² Expressão utilizada em decisão do Supremo Tribunal Federal, que enquadra a saúde no conceito de direito público subjetivo para possibilitar a sua tutela jurisdicional. Confira-se excerto da ementa: “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). (...) O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política (...) não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”. BRASIL, 2007.

²³ Como alternativa ao modelo de supremacia judicial, a doutrina vem propondo teorias que defendem a realização de um diálogo constitucional entre os Poderes Públicos e demais atores sociais. Sobre o tema, ver: ARAÚJO, 2018, p. 129-150; ÁVILA; MELO,

Ocorre que essa explanação é extremamente simplista, reducionista e inapropriada para dar conta do sistema de direitos fundamentais implantado pela Constituição de 1988. Primeiro, porque não é possível afirmar *a priori*, de forma absoluta, que um determinado direito fundamental “é direito subjetivo”. Tais direitos se revelam, como se verá, como feixes de posições jusfundamentais. Algumas delas se apresentam como *pretensões jurídico-subjetivas*. Outras não. Segundo, porque reduzir a leitura desse fenômeno à análise exclusivista das posições subjetivas que derivam de tais direitos implica deixar de extrair outras potencialidades jurídicas que deles emanam, já amplamente discutidas pela teoria constitucional contemporânea.

Logo, não se pode pretender transpor automaticamente aos direitos fundamentais a conceituação de direito subjetivo formulada no século XIX. Ainda que seja plenamente admissível reconhecer, no campo dos direitos fundamentais, a atribuição de posições jurídicas subjetivas aos seus titulares, muitos fatores impedem o seu enquadramento simplista em uma categoria criada sob a égide de outra racionalidade. Entre eles, como se verá a seguir (item 4), estão a variedade dos conteúdos normativos desses direitos, a complexidade de sua estrutura (bidimensional: subjetiva e objetiva), a multiplicidade de funções por eles exercidas e a peculiaridade do regime jurídico a que estão submetidos.

A tentativa de associá-los mecanicamente à definição de direito subjetivo criada pelo Direito Privado é claramente inócua. Quando esta é tomada em sua acepção estritamente técnico-jurídica, uma de suas características é a possibilidade de transferência, renúncia e prescrição das faculdades que o sistema normativo positivo confere ao indivíduo. Os direitos fundamentais, por sua vez, são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 34). Portanto, nem sobre os direitos ditos “de 1ª geração” seria possível aplicar de forma automática o conceito.

Some-se a isso o fato de que o direito subjetivo jusprivatista é concebido sob a vigência de um “Direito por regras”, próprio do positivismo jurídico (ZAGREBELSKY, 2007, p. 109). Cuida-se de um “conceito estrito de direito pleno (de conteúdo perfeitamente determinado e de exigência plenamente garantida)” (ANDRADE, 2012, p. 113), incompatível com a sistemática dos direitos fundamentais. Uma vez reconhecido pela regra de Direito objetivo, o direito privado subjetivo constitui um direito definitivo, aplicável em termos absolutos conforme a lógica do “tudo ou nada”: se a regra é válida, incide integralmente; se é inválida, é totalmente inaplicável (DWORKIN, 2010, p. 39).

Os direitos fundamentais (inclusive os de liberdade), contudo, podem estar previstos em normas que ostentam a estrutura jurídica de princípios (BARROSO, 2012, p. 353). Podem colidir com outros bens jurídicos protegidos por normas principiológicas, que no caso concreto venham a desfrutar de um peso ou importância maior. Aí a realização do direito fundamental não será total, mas parcial, podendo inclusive ser totalmente afastada em razão de circunstâncias fáticas e jurídicas, ainda que o direito continue a existir no mundo jurídico. Em tais situações, mesmo se tratando de direitos considerados “de 1ª geração”, não será possível tutelar a posição jurídica subjetiva de seu titular de forma completa pela via judicial. Tal fato – sujeição a uma *reserva geral imanente de ponderação* (NOVAIS, 2003, p. 569 *et seq*) – elide, também, a sua qualificação como direitos subjetivos nos termos tradicionais do Direito Privado.

Tampouco é possível encaixá-los, de maneira genérica, no conceito de *direitos públicos subjetivos*, por se tratar de uma noção: **(a)** atrelada a dogmas do positivismo jurídico legalista

2018, p. 83-108; BARBOSA; LIMA, 2018, p. 109-128; LEAL; MORAES, 2018, p. 63-81; LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 221-247; MARIANO; FURTADO; ALBUQUERQUE; PEREIRA, 2018, p. 169-188; VIEIRA; EMERIQUE; BARREIRA, 2018, p. 277-302.

superados na teoria dos direitos fundamentais; **(b)** presa a uma ideologia individualista e subjetivista que não proporciona uma proteção global desses direitos; **(c)** ligada a uma concepção exclusivamente estatista de direitos fundamentais; **(d)** insuficiente para abranger outros conteúdos normativos de tais direitos, mesmo com as reformulações da categoria em epígrafe intentadas pela doutrina mais recente. As críticas serão tecidas separadamente a seguir.

(a) *Os direitos públicos subjetivos em sua formulação tradicional têm como fonte jurídica a lei e não a Constituição, não impondo limites à atividade do legislador, diferentemente dos direitos fundamentais atuais.* A teoria que os consagrou – impende admitir – foi o mais próximo que a ciência jurídica do século XIX conseguiu chegar daquilo que hoje se chama de direitos fundamentais. Não são, contudo, conceitos que possam ser identificados. Como antes se averbou, subjacente à concepção de direitos públicos subjetivos estava o modelo liberal oitocentista de Estado de Direito. Para livrar os indivíduos de interferências estatais arbitrárias, comuns no Antigo Regime, recorria-se à sujeição da atuação do Poder Público às amarras da lei. Mas essa proteção, embora fosse válida contra as ações do Estado na condição de Administração Pública, não o era em face da atividade do Estado como legislador. Este último, na qualidade de senhor da lei, não encontrava limites à sua competência de elaborá-la. A enunciação de determinados direitos pelas Constituições da Europa continental funcionava como uma diretriz não vinculativa da função legiferante. A possibilidade de invocar os chamados *direitos públicos subjetivos* dependia da determinação de seu alcance concreto pelas leis. Sua fonte jurídica, portanto, não residia em disposições constitucionais revestidas de força normativa, mas sim na própria legislação ordinária (ZAGREBELSKY, 2007, p. 47-49).

Observe-se que Roger Bonnard, em artigo publicado em 1932 (p. 710-711) sobre o tema dos “direitos públicos subjetivos dos administrados”, não se refere à Constituição como origem de tais direitos. Ao destrinchar os diversos elementos componentes da categoria “direitos subjetivos”, o autor faz alusão às diferentes fontes das quais eles podem derivar. Afirma, então, que as regras de Direito objetivo das quais eles podem decorrer serão leis e regulamentos, ou atos jurídicos individuais. No primeiro caso, haverá *situações jurídicas legais ou regulamentares*; no segundo, *situações jurídicas individuais*. Nenhuma menção é feita a possíveis *situações jurídicas constitucionais*.

Assim, nem todos os direitos públicos subjetivos são direitos fundamentais, já que é possível haver direitos que a lei confira ao cidadão, exercitáveis em face do Estado, que não estejam formalmente inseridos no rol constitucional de direitos fundamentais (Título II da CF), nem desfrutem de conteúdo axiológico que justifique o seu enquadramento material nessa categoria (art. 5º, §2º da CF). O direito subjetivo do servidor público federal à remoção, existente nos casos em que esta independe do interesse da Administração, seria um exemplo de direito público subjetivo não fundamental, outorgado pela lei.²⁴ O dispositivo legal que o prevê pode ser revogado por uma maioria simples no Congresso Nacional, encontrando-se à disposição da esfera de deliberação do legislador ordinário.

²⁴ Lei Federal nº 8.112/90: “Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede. Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção: (...) III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração: a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração; b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial; c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados”.

Neste ponto reside um aspecto decisivo para a refutação da coincidência entre a categoria examinada e os direitos fundamentais em sua acepção contemporânea: estes se caracterizam, essencialmente, por constituir posições jurídicas tão relevantes que não podem ficar sujeitas à disponibilidade de eventuais maiorias parlamentares simples (ALEXY, 2007, p. 395). São tão importantes para a coletividade que devem ser tutelados até mesmo contra decisões majoritárias. Daí porque serem considerados verdadeiros trunfos contra a maioria (DWORKIN, 2010, p. XV e 283 *et seq.*).²⁵ Estão acima de lei e dela independem para produzir efeitos jurídicos, vinculando todos os poderes constituídos – inclusive o Parlamento – e não apenas a Administração Pública. Por isso se distinguem da ideia de direitos públicos subjetivos, a qual se demonstra atrelada a dogmas do positivismo jurídico legalista.²⁶

(b) *Os direitos públicos subjetivos têm sua titularidade atribuída apenas a indivíduos singulares e determinados e seu conteúdo jurídico se restringe a uma perspectiva subjetiva, não contemplando direitos coletivos e difusos, nem a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O apego excessivo às características dessa figura e a associação dos direitos fundamentais a ela empobrecem a tutela jurídica destes últimos. Seguindo tal mentalidade, ainda há autores que sustentam que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais tem, como uma de suas características determinantes, a individualidade. Em outras palavras, entendem que para haver uma posição jusfundamental subjetiva, impõe-se que ela seja titularizada por sujeitos individuais. Com isso, negam essa qualidade a pretensões jurídicas coletivas, afirmando, por exemplo, que os direitos de organizações de trabalhadores devem ser concebidos como poderes ou competências das associações sindicais, mas não como direitos subjetivos fundamentais, porque não são suscetíveis de atribuição individual.²⁷ Concepções como essa, como se vê, demonstram apreço pelo modelo oitocentista de direito subjetivo, razão pela qual não se revelam adequadas a explicar o fenômeno constitucional contemporâneo. Se os direitos fundamentais forem mesmo direitos públicos subjetivos, e se estes pressupõem a referibilidade a um titular individual, qual seria o *status* jurídico dos direitos coletivos e difusos albergados constitucionalmente, tal como a proteção do patrimônio histórico-cultural? Não seriam direitos fundamentais?*

Os sistemas jurídicos, notadamente na esfera processual, ainda vêm essencialmente vinculados à tutela do sujeito individual. As contendas que o Direito visa a resolver continuam, em sua maioria, baseadas nos conflitos bilaterais entre Caio vs. Tício. A consequência dessa racionalidade é a formação de um paradigma, de difícil superação, no qual só merecem tutela jurisdicional os interesses que o Estado decidiu resguardar juridicamente e que são passíveis de atribuição a um titular individual e determinado. A proteção realmente vigorosa encontra-se reservada, nessa linha, aos interesses que lograram ser alçados à condição de genuínos *direitos subjetivos*, no momento em que o sistema normativo estipula uma sanção para o seu descumprimento e a consequente possibilidade de reivindicação jurisdicional em face da parte contrária. Dessa concepção individualista deriva, naturalmente, uma negligência ou mesmo desprezo para com aqueles interesses cuja essência é marcada pela impossibilidade de apropriação individual (MANCUSO, 2004, p. 89). E com isso, os aspectos dos direitos fundamentais que não se assemelham à conceituação tradicional de direitos subjetivos – como é o caso da sua dimensão objetiva – ficam descobertos de proteção judicial.

²⁵ Desenvolvendo raciocínio inspirado em Dworkin, ver: NOVAIS, 2006. p. 17-67.

²⁶ Segundo Jorge Miranda, “o conceito e a locução *direitos subjectivos públicos* se reportam a uma visão positivista e estatista que os amarra e condiciona”. MIRANDA, 2008. p. 64.

²⁷ É o caso de ANDRADE, 2012. p. 115-116; 122.

É exatamente essa lógica, segundo a qual a proteção judicial de determinada pretensão jurídica requer a sua categorização no conceito de direito subjetivo sob um prisma individual, a causa principal das confusões em matérias de direitos fundamentais sociais. Os excessos do ativismo judicial se originam aí. De um lado, encontra-se o afã de conferir efetividade às disposições constitucionais que veiculam tais direitos. De outro, o atrelamento a um paradigma liberal-subjetivista-individualista de tutela de direitos. O resultado só poderia ser a equivocada conclusão de que apenas mediante essa via seria possível emprestar operacionalidade às normas definidoras de direitos fundamentais sociais. Esquece-se que, dada a sua complexidade jurídica, um único direito pode enfeixar incontáveis posições jurídicas, algumas delas individualizáveis, outras de caráter coletivo. E com isso, são concedidas individualmente na esfera judicial prestações administrativas que reclamam, em realidade, medidas estatais coletivas que atendam universalmente a uma multiplicidade de cidadãos interessados no mesmo bem jurídico.

É por isso que se denuncia, como um dos principais problemas que gera inúmeras dificuldades na implantação e desenvolvimento de um sistema adequado de tutela coletiva dos direitos, a “estéril tentativa de simplesmente se transpor ao referido sistema de proteção dos direitos meta-individuais as mesmas premissas nas quais se funda o sistema processual de tutela dos direitos individuais” (VENTURI, 2007, p. 20). Essa postura deriva da resistência em se reconhecer que a sistemática processual coletiva é diferenciada, tanto do ponto de vista quantitativo como qualitativo. Essa reticência, que suscita graves problemas na esfera processual para a reivindicação de pretensões jurídicas transindividuais, é exatamente a mesma causa que origina sérias dificuldades na tutela administrativa e judicial dos direitos fundamentais sociais. E isso ocorre devido ao fato de que, em geral, a comunidade jurídica costuma ignorar a natureza jurídica complexa e distinta desses direitos, cuja multifuncionalidade e dupla dimensão (subjetiva e objetiva) lhes conferem uma estrutura jurídica diferenciada. Tais peculiaridades impõem a necessidade de identificação de novos efeitos jurídicos que ditos direitos fazem espargir, os quais devem ser reconhecidos e tutelados. De nada adianta continuar tentando amoldá-los a fórceps às categorias jurídicas tradicionais do *direito subjetivo* próprio do Direito Privado ou do *direito público subjetivo* forjado sob a égide da juspublicística oitocentista.

Uma demonstração de que o conceito de “direitos subjetivos” encontra-se inserido no paradigma liberal-individualista-subjetivista do século XIX, ao qual se vincula a modelagem convencional do processo, revela-se na resistência da comunidade jurídica em utilizar essa fórmula para descrever os direitos fundamentais transindividuais, no momento em que passaram a ser reconhecidos pelos sistemas normativos. Tais posições jurídicas, impassíveis de serem imputadas a um sujeito singular por ostentarem natureza coletiva, não se ajustavam aos padrões próprios dos tradicionais *direitos subjetivos*. Por isso passaram a ser chamados de *interesses coletivos* e de *interesses difusos*, ou seja, devido à dificuldade de se aceitar que aspirações de incidência coletiva (e portanto não individualizáveis), ainda que respaldadas pelo Direito, pudessem receber o qualificativo de autênticos direitos subjetivos (VENTURI, 2007, p. 44). A negativa de emprestá-las a roupagem conceitual de direitos subjetivos nada mais é do que manifestação de verdadeiro preconceito, proveniente de um ranço individualista herdado da dogmática jurídica do século XIX (GIDI, 1995, p. 17). Foi essa a nomenclatura adotada inicialmente pelo legislador brasileiro, tanto na Lei da Ação Civil Pública (art. 1º, IV) quanto na Constituição Federal (art. 129, III). No entanto, o Código de Defesa do Consumidor, posterior a ambas, corrigiu a terminologia ao empregar a locução “direitos ou interesses” difusos (art. 81, § único, I) e coletivos (art. 81, § único, II), afastando com isso qualquer possibilidade de enfraquecer a proteção jurisdicional dos direitos

transindividuais com rigorismos formais excessivos e inadequados à realidade jurídica contemporânea (VENTURI, 2007, p. 53).

A sistemática processual atual, equipada com vasto instrumental de tutela coletiva de direitos, atesta a plena possibilidade de aceitar a existência de direitos fundamentais de titularidade transindividual, passíveis de serem demandados judicialmente. Se a exigibilidade jurisdicional do cumprimento do dever correspondente à pretensão jurídica for considerada como traço essencial para verificar a dimensão subjetiva desta, as posições jusfundamentais não precisam necessariamente ser recondutíveis a um sujeito *individual* para possuírem uma perspectiva subjetiva. O titular poderá ser um grupo específico ou uma coletividade indeterminada. Basta que o ordenamento jurídico empreste legitimação a certos entes para que busquem a tutela da referida pretensão.

(c) Os direitos públicos subjetivos são oponíveis apenas ao Estado, ao passo que os direitos fundamentais na atualidade podem ter como destinatários outros particulares.²⁸ A concepção de direitos públicos subjetivos é demasiadamente estatalista. Embora seja crucial a configuração dos direitos fundamentais como posições subjetivas situadas no bojo de uma relação jurídica entre cidadão e Estado, essa dimensão não esgota todas as potencialidades das normas jusfundamentais na tarefa de conferir proteção aos bens jurídicos por elas resguardados. Em primeiro lugar, porque há direitos fundamentais que têm como destinatário principal outros sujeitos privados, como é o caso dos direitos dos trabalhadores da iniciativa privada. O fato de serem diretamente exercitáveis contra os empregadores, e não contra o Poder Público, retiraria a sua qualidade de direitos fundamentais? Logicamente que não.

Em segundo lugar, mesmo direitos que à primeira vista são dirigidos de maneira imediata ao Estado podem incidir nas relações interprivadas. Cuida-se da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.²⁹ O próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro já reconheceu a oponibilidade desses direitos a outros particulares, em situações nas quais eles aparentam, *prima facie*, ter como principal destinatário o Poder Público, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.³⁰

Mais um motivo para se perceber que a associação automática da categoria *direitos fundamentais* à figura dos *direitos públicos subjetivos* encontra-se equivocada. Esta, nos dias de hoje, manifesta-se como uma designação “anacrônica e superada” que “não se revela afinada com a realidade constitucional pátria”, pois se encontra essencialmente presa a uma “concepção positivista e essencialmente estatista dos direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, típica do liberalismo” (SARLET, 2010, p. 152).

²⁸ Fernando Dias Menezes de Almeida alerta nesse sentido, ao pontuar que “os direitos públicos subjetivos seriam aplicáveis apenas na relação entre o indivíduo e o Estado; todavia, contemporaneamente (...), as liberdades previstas na Constituição devem ser respeitadas não apenas nas relações dos indivíduos com qualquer detentor de poder (público ou privado), mas também nas relações entre indivíduos (particulares que institucionalmente não detenham poderes)”. ALMEIDA, 2001, p. 49.

²⁹ Sobre o tema na doutrina brasileira, ver: SARMENTO, 2004; SILVA, 2005.

³⁰ Confira-se trecho da ementa: “As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (...) A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88)”. BRASIL, 2006.

(d) A noção de direitos públicos subjetivos é insuficiente, por não contemplar a complexidade dos direitos fundamentais da teoria atual. A visão sobre os direitos fundamentais desenvolvida no Estado Social de Direito, principalmente após a segunda metade do século XX, afasta-os da categoria dos direitos públicos subjetivos por apresentar contornos mais amplos e incorporar novos elementos. Essa transição de modelos de Estado vai abandonando, progressivamente, o emprego de tal figura (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 35).

Em matéria de direitos fundamentais, o delineamento do Estado Social e Democrático de Direito ao longo do século XX não teve apenas o condão de consagrar novas espécies de direitos – os “sociais, econômicos e culturais” e os “coletivos e difusos”. Também se transformou a forma de compreender os deveres estatais para com todo e qualquer direito fundamental. Tornou-se incumbência do Poder Público criar condições jurídicas e materiais para tornar efetivo o exercício dos direitos fundamentais em geral, sejam aqueles já tutelados nas Constituições de fins do século XVIII (comumente chamados de “direitos de 1ª geração”), sejam aqueles que passaram a ser positivados nas Constituições sociais do século XX (tradicionalmente classificados como “direitos de 2ª geração”), ou ainda os que ostentam titularidade transindividual, fruto das sociedades de massa (ditos “de 3ª geração”). Logo, a obrigação do Poder Público de construir instituições, organizações e procedimentos para uma fruição integral e maximizada dos direitos fundamentais não se limita aos sociais, econômicos e culturais. Também as liberdades fundamentais que já vinham sendo albergadas em Constituições liberais dos séculos XVIII e XIX, e que continuam sendo protegidas em sede constitucional atualmente (ALMEIDA, 2011, p. 232), passam a demandar, no modelo social de Estado de Direito, a formatação de estruturas organizativas e mecanismos procedimentais que possibilitem o seu adequado exercício para todos os seus titulares, independentemente de provocação.³¹

Acresça-se ainda a construção de outros elementos teóricos que foram se agregando à dogmática dos direitos fundamentais, não abrangidos pelo conceito de direitos públicos subjetivos. A dimensão objetiva, que vem se somar à perspectiva subjetiva, é exemplo de um aspecto que fica de fora dessa categoria. E ela confere, como se verá, um caráter transindividual a todos os direitos fundamentais, e não apenas àqueles normalmente denominados “de 3ª geração”. Por isso é que, consoante já se ressaltou, essa ilusão das gerações de direitos e os mitos dela derivados impedem a apreensão da complexidade inerente à teoria atual dos direitos fundamentais.

É bem verdade que os novos desafios surgidos ao longo do século XX conduziram a tentativas de adaptar o conceito de direito público subjetivo à realidade fática emergente. É o caso da teoria de Eduardo García de Enterría formulada em 1975 (p. 427-448), que ao lado dos direitos públicos subjetivos por ele denominados de *típicos ou ativos* propunha a identificação de uma segunda espécie: os *reacionais ou impugnatórios*, que teriam contornos mais amplos e associados ao interesse público, não se limitando à tutela de interesses unicamente individuais passíveis de enquadramento no conceito jusprivatista de “direitos subjetivos perfeitos”. A primeira espécie (*típicos ou ativos*) seria aquela já referida linhas atrás, que dava conta de resguardar as situações subjetivas ativas próprias do cenário liberal do século XIX, protegendo a órbita jurídica individual dos sujeitos privados contra ações

³¹ Mencione-se o exemplo da liberdade de expressão e informação. De um lado ela resguarda, em uma perspectiva subjetiva, o direito do seu titular à livre manifestação do pensamento, da opinião, de crenças e juízos de valor, de modo a permitir-lhe o desenvolvimento de sua personalidade e a sua participação na vida em comunidade. Mas de outro, ela apresenta também uma dimensão objetiva, que dirige ao Estado o dever de assegurar a liberdade de imprensa e dos meios de comunicação, mediante a instalação de um sistema de comunicação social democrático que possibilite a livre circulação de ideias e o debate público. Sobre o tema, ver: PINTO, 2013, p. 195-229.

ilegais da Administração que lhes afetassem, nos termos herdados do Direito Privado. Mas a segunda modalidade de direitos públicos subjetivos sugerida pelo autor (*reacionais ou impugnatórios*) visava a recobrir um espaço que ainda não havia recebido garantias adequadas do sistema jurídico: a tutela de interesses difusos e coletivos, não apropriáveis com exclusividade por um cidadão isolado, que fossem objeto de proteção pelo Direito positivo. Tais interesses não se encaixavam nos moldes estreitos da figura do direito subjetivo, e portanto não desfrutavam da robustecida força jurídica que era outorgada a esta categoria e que permitia a sua plena reivindicação jurisdicional.

O jurista observa que se o único mecanismo jurídico à disposição do cidadão para obrigar a Administração a cumprir a lei fosse a figura dos direitos subjetivos públicos *típicos ou ativos*, por consequência, “a maior parte da legalidade administrativa (a qual está configurada a partir de uma perspectiva geral, em atenção a fins coletivos, mais do que em relação a interesses privados) ficaria fora do alcance dos particulares” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1975, p. 429). O reconhecimento de um tipo diverso de direito público subjetivo tinha o intuito de rechaçar a ideia de que os interesses públicos estampados nas normas jurídicas e colocados pelo legislador à cura da Administração que não fossem reconduzíveis a apenas um indivíduo (mas sim a vários) seriam na verdade simples deveres morais (e não jurídicos) impassíveis de proteção jurisdicional. Ao contrário do que poderia parecer, essa nova modalidade não teria o propósito de garantir o respeito à legalidade objetiva e abstrata, simplesmente, sem qualquer relação com os sujeitos privados, uma vez que este seria o objeto de proteção já reservado à ação popular. Os direitos públicos subjetivos *reacionais ou impugnatórios* visariam, distintamente, a tutelar os seus titulares contra atos administrativos que, além de infringirem a legalidade objetiva, também lhes implicassem prejuízos concretos, mesmo que afetassem igualmente uma infinidade de outras pessoas que compartilhassem de idêntica situação jurídica.³²

Consoante a explicação de García de Enterría, a lesão ou prejuízo sobre a esfera vital de interesses do indivíduo é um requisito para o surgimento do direito público subjetivo *reacional*. Antes de tal ocorrência – é dizer, da infração da lei pela Administração acompanhada da consequente violação da órbita jurídica individual – não existia ainda um direito subjetivo propriamente dito, mas apenas um dever legalmente imposto ao Poder Público de observar o ordenamento jurídico. Se o cidadão já fosse, anteriormente, titular de um verdadeiro direito subjetivo, ele poderia fazê-lo valer perante a justiça. No entanto, isso não ocorre porque, até então, o comando normativo afigurava-se apenas como um *dever* (objetivo) de cumprir a lei – dirigido ao Estado – e não como uma *obrigação* (subjetiva) perante o particular que o investisse na condição de sujeito ativo de uma relação jurídica. A transgressão da norma legal objetiva que tenha como consequência a afetação da esfera jurídica de um ou de inúmeros indivíduos enseja o nascimento do direito público subjetivo *reacional ou impugnatório*. É, pois, a soma destes dois elementos – ilegalidade (objetiva) e prejuízo (subjetivo) – que suscita o reconhecimento de “um direito subjetivo à eliminação dessa atuação ilegal, de modo que se defenda e restabeleça a integridade de seus interesses” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1975, p. 444). Este permitirá que cada um de seus titulares reaja, impugnando jurisdicionalmente o ato antijurídico lesivo e postulando a restituição do *status*

³² Segundo a definição do próprio autor, trata-se da situação em que o cidadão “foi perturbado em sua esfera vital de interesses por uma atuação administrativa ilegal, caso em que o ordenamento, a serviço do mais profundo sentido da legalidade no Estado de Direito como garantia da liberdade, apodera-lhe com um direito subjetivo dirigido à eliminação dessa atuação ilegal e ao restabelecimento da integridade de seus interesses; a esses direitos subjetivos podemos chamar de reacionais ou impugnatórios”. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1975, p. 446.

quo ante com a supressão da ilegalidade e, se for o caso, a reparação dos prejuízos ocasionados.

A construção elaborada por García de Enterría teve uma inobjetével virtude: possibilitar o controle jurisdicional de determinados comportamentos antijurídicos do Poder Público que, embora contrários ao Direito, eram naquele momento histórico (1975) e naquele marco jurídico estatal (Espanha) insuscetíveis de revisão judicial pelo fato de não lesionarem frontalmente um interesse *individual, pessoal e direto*, titularizado por um particular singularmente determinável e dotado de todas as características jurídicas próprias do conceito tradicional de direito subjetivo. Cuida-se de um avanço considerável, que alarga significativamente o espectro de situações jurídicas subjetivas passíveis de tutela jurisdicional. Entretanto, a proposta ainda se mantém imersa em uma perspectiva individualista inerente ao liberalismo do século XIX, pois preserva a exigência de um prejuízo pessoal que derive de uma ingerência administrativa ilegítima no círculo de interesses individuais do cidadão. Permanecem carentes de correção as posturas comissivas ou omissivas da Administração que, muito embora afrontem as normas jurídicas (inclusive as constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais), não atinjam diretamente interesses concretos que integrem a órbita jurídica de um particular bem definido.

De todo modo, essas outras formas de admitir a exigibilidade judicial de situações jurídicas subjetivas que versem sobre direitos fundamentais e que não se amoldam à feição clássica de direito subjetivo não necessitam, em absoluto, ser incluídas como novas modalidades dessa figura. Tais esforços da doutrina para adequar, artificialmente, o significado tradicional dos direitos públicos subjetivos às novas demandas originadas com o advento do Estado Social mais parecem tentativas de “enxertar nova seiva em um tronco caduco”.³³ Conforme se verá no próximo tópico (4), esses intentos estão longe de lograr a ressurreição e sobrevivência dessa categoria, ao menos no campo dos direitos fundamentais. Trata-se de uma empreitada anacrônica estender à conjuntura contemporânea uma noção que não mais corresponde às necessidades da dogmática constitucional. Ela foi útil e importante para a proteção dos direitos fundamentais sob a égide de um modelo liberal de Estado, que se contrapunha a um arquétipo autoritário precedente. Seus traços caracterizadores essenciais – (i) proteção de um núcleo de liberdades individuais; (ii) referibilidade a um sujeito singular determinado; (iii) oponibilidade ao Poder Público; (iv) previsão pela lei em sentido formal – não são mais adequados nem suficientes para assegurar o pleno exercício dos direitos fundamentais albergados nas Constituições contemporâneas.

Novos campos de análise devem explorados. A já referida questão da vertente objetiva dos direitos fundamentais é, talvez, o maior exemplo disso. Ela diz respeito exatamente à proteção de interesses jurídicos transindividuais, pois dela decorre o dever puramente objetivo de que a Administração crie as condições necessárias a uma fruição universalizada e coletiva desses direitos. Cuida-se de uma dimensão não subjetiva dos direitos fundamentais que precisa ser implementada e operacionalizada mesmo que não haja qualquer lesão direta à esfera jurídica de interesses de um indivíduo determinado – ou seja, mesmo que não surja em seu favor um direito público subjetivo “reacional ou impugnatório”. No âmbito judicial, a sistemática processual brasileira atual já criou novos mecanismos para uma proteção adequada desses interesses, corrigindo falhas que uma tutela unicamente individual poderia trazer (violação à igualdade, posição hipossuficiente do cidadão isolado perante a máquina estatal, risco de decisões conflitantes, efeitos restritos da coisa julgada, etc.), sem precisar

³³ Expressão utilizada por Antonio Enrique Pérez Luño, referindo-se à teorização de Eduardo García de Enterría sobre os direitos públicos subjetivos *reaccionais ou impugnatórios*. PÉREZ LUÑO, 2005, p. 36.

apoiar-se em conceitos oitocentistas.³⁴ E inclusive com meios aptos a salvaguardar a integridade das pretensões jurídicas jusfundamentais – sejam individuais, coletivas ou difusas – de modo preventivo (e não apenas reacional), isto é, mesmo antes de qualquer lesão já ter sido configurada, por meio de técnicas processuais voltadas a proporcionar tutelas inibitórias e de remoção do ilícito.³⁵

Portanto, é preciso que fique bem claro: *negar o emprego da noção de direito público subjetivo na atualidade não significa rejeitar a sindicabilidade judicial de interesses e direitos fundamentais de titularidade individual ou supraindividual resguardados pelo ordenamento jurídico, mas sim admitir que atualmente há novos instrumentos já estruturados para atingir esse objetivo mais eficazmente, tornando desprocurado recorrer a tal categoria.*

Por todos esses motivos, é imperativa a substituição da ideia de *direitos públicos subjetivos*, compreendidos em sua essência como autolimitação do poder soberano do Estado em prol de esferas delimitadas de interesses privados e individuais, pela noção jurídica autônoma de *direitos fundamentais*. Estes não podem ser simplesmente identificados com aqueles, já que pressupõem posturas jurídicas ativas do Estado, podem ser titularizados por grupos ou por coletividades indeterminadas, admitem oponibilidade direta a outros particulares e independem de regulamentação normativa infraconstitucional para produzirem eficácia jurídica vinculante.

A complexidade jurídica da categoria “direitos fundamentais” e uma confusão elementar conducente a equívocos: a distinção entre “direitos fundamentais” e “pretensões jurídicas jusfundamentais”

Expostas as razões pelas quais os direitos fundamentais exibem um perfil jurídico próprio, não se reduzindo à noção de direitos públicos subjetivos, cumpre embrenhar-se no exame de sua estrutura normativa complexa.

O universo dos direitos fundamentais revela peculiaridades que devem ser levadas em consideração e que obstaculizam, conforme já dito, uma transposição simplista da noção de direito subjetivo pensada nos moldes do século XIX a essa seara. É a ausência de observância dessas especificidades a principal causa de equívocos em matéria de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Entre elas, importa sublinhar: **(a)** a diferença entre texto, norma e direito fundamental; **(b)** a bifurcação da estrutura normativa de tais direitos em duas dimensões (subjetiva e objetiva); **(c)** a sua multifuncionalidade; **(d)** a conseqüente distinção entre “direito fundamental” e “pretensão jurídica jusfundamental”;³⁶ **(e)** um grau de exigibilidade relacionado com a concreção normativa de cada pretensão jurídica e sujeito a algumas reservas.

(a) Uma das razões que conduz a ciladas no território dos direitos fundamentais é a falta de percepção a respeito da distinção entre enunciado normativo, norma e direito fundamental. O primeiro se trata do próprio texto normativo, é dizer, da expressão linguística deduzida na disposição legal, constitucional ou regulamentar. A segunda deriva de uma construção hermenêutica resultante da interpretação de um ou mais enunciados normativos. E o terceiro consiste no bem jurídico protegido pela norma.

³⁴ Sobre o tema, ver: HACHEM, 2013, p. 618-688.

³⁵ O assunto é explicado com grande profundidade e riqueza de detalhes (e de exemplos) por: MARINONI, 2004, p. 249-380.

³⁶ As ideias desenvolvidas nos itens (a) a (d) deste tópico encontram-se presentes no artigo: HACHEM, 2013, p. 623-630.

Em um único dispositivo constitucional (*enunciado normativo*) é possível que estejam alojadas múltiplas *normas* e diversos *direitos fundamentais*. É o caso do art. 6º da Constituição Federal, que recolhe direitos como assistência, moradia e alimentação.³⁷ E o contrário também é verdadeiro: uma única *norma*, protetiva de um *direito fundamental*, pode nascer de uma interpretação combinada de uma variedade de *enunciados normativos* (NOVAIS, 2003, p. 52). O conteúdo da norma que tutela o direito à educação, por exemplo, é fruto de uma combinação de diferentes disposições constitucionais: (i) o inciso IV do art. 206, que assegura sua gratuidade em estabelecimentos oficiais; (ii) o inciso VII do art. 206, que impõe a “garantia de padrão de qualidade”; (iii) o inciso I do mesmo artigo, que institui como princípio a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (iv) o inciso III do art. 208, ao salvaguardar o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; (v) o já mencionado art. 6º, que o alberga genericamente posicionando-o no catálogo formal de direitos fundamentais; entre outras.

As disposições normativas que têm por objeto os direitos fundamentais apresentam-se de formas muito variadas. Algumas delas criam ou reconhecem direitos, como é o caso do art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição (direito de petição). Outras afirmam a proteção jurídica de determinados valores, como se passa com o art. 5º, VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença). Há, ainda, aquelas que impõem explicitamente, desde logo, obrigações positivas e negativas para a tutela dos bens jurídicos jusfundamentais por elas resguardados, como ocorre com o art. 5º, L (dever de criação de condições para que as presidiárias permaneçam com os filhos durante a amamentação) e LII (proibição de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião).

Nada obstante essa variedade na forma como são constitucionalmente tutelados os direitos fundamentais, os enunciados normativos que sobre eles versam possuem ao menos três aspectos comuns: (i) primeiramente, dirigem de modo explícito ou implícito ao Poder Público, destinatário imediato ou mediato desses direitos,³⁸ ordens jurídicas de fazer ou não fazer; (ii) em segundo lugar, ainda que de formas distintas, tais disposições investem os seus titulares – indivíduos, agrupamentos determináveis ou uma coletividade indeterminada – em posições jurídicas de vantagem relativas à fruição dos bens jurídicos que elas visam a tutelar; (iii) finalmente, retiram da esfera de deliberação democrática do legislador (ordinário e constituinte) a possibilidade de eliminar tanto as obrigações por elas impostas ao Estado, quanto as situações juridicamente vantajosas que conferem aos cidadãos (NOVAIS, 2003, p. 54).

Frente a tais considerações, consoante pontuado no item anterior, poder-se-ia pensar que as normas veiculadoras de direitos fundamentais seriam idênticas àquelas que, no Direito Privado, outorgam *direitos subjetivos* aos seus destinatários, com exceção do terceiro elemento acima referido (proteção do seu objeto contra a eliminação por majorias parlamentares eventuais). A lógica de sua aplicação, por consequência, seguiria a mesma sorte que presidia a racionalidade própria do modelo forjado no século XIX: descumprida a obrigação e afetada a situação de vantagem do titular do direito, a este (sujeito individual determinado) caberia a propositura da ação judicial correspondente. Sendo assim, nos casos de violação, tudo seria simples. Qualquer inobservância aos deveres impostos pelas normas

³⁷ Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

³⁸ Mesmo nos casos de direitos fundamentais incidentes nas relações interprivadas, a disposição constitucional impõe ao Estado o dever de tutelá-los no âmbito jurídico, especificando as formas de seu exercício, e de protegê-los contra os particulares nos casos de descumprimento.

de *direitos fundamentais* seria passível de correção pelo Poder Judiciário. Eventuais questionamentos quanto à transposição da categoria *direito subjetivo* ao campo dos direitos fundamentais e quanto à resolução judicial dos conflitos gerados pelo seu descumprimento seriam respondidos com a pergunta: “se assim ocorre no Direito Privado, possibilitando o resguardo da integridade da esfera jurídica do titular do direito subjetivo, por que haveria de ocorrer de maneira diversa no Direito Público?”.

A melhor forma de iniciar a demonstração da impossibilidade de transpor de forma simplificada e descuidada o conceito tradicional de *direito subjetivo* ao plano dos direitos fundamentais é respondendo a indagação acima. Embora a arquitetura dos *enunciados normativos* possa parecer similar se analisada sob a perspectiva que animou a pergunta retórica acima, a estrutura jurídica das *normas* de direitos fundamentais, derivada da construção resultante de uma interpretação sistemática de tais enunciados, ostenta uma engenharia diferenciada que as caracteriza e distingue das demais. Cuida-se da segunda especificidade antes referida.

(b) Uma mesma norma de direito fundamental pode ser observada sob dois prismas diversos. Se vista pela perspectiva *subjetiva* – do titular do bem jurídico protegido – ela enfeixa uma multiplicidade de posições jurídicas autônomas que atribuem a ele situações de vantagem. Se examinada pela perspectiva *objetiva* – do objeto que ela visa a tutelar – a norma faz espargir um plexo de deveres jurídicos ao Estado, impondo-lhe diversas obrigações expressas ou implícitas quanto à salvaguarda do direito fundamental, independentemente de qualquer reivindicação subjetiva por parte do seu titular. Sob esse segundo ponto de vista, a norma jusfundamental compele objetivamente o Poder Público a criar condições reais e efetivas de fruição daquele bem jurídico pelos cidadãos, instituindo nos planos fático e jurídico estruturas organizacionais e mecanismos procedimentais adequados para a sua proteção contra investidas estatais e dos particulares, e ferramentas aptos a permitir que os seus titulares exijam do Estado a adoção de medidas positivas para a sua integral realização. Como se perceberá a seguir, a segunda dimensão – objetiva – restará ignorada se os direitos fundamentais forem pensados tão-somente como direitos subjetivos.³⁹

(c) A fusão entre essas duas dimensões (*subjetiva* e *objetiva*) das normas garantidoras de direitos fundamentais permite observar a sua *multifuncionalidade* – terceira particularidade a ser ressaltada. Trata-se de uma visão ampla, que viabiliza o estabelecimento de uma radiografia da *norma* jusfundamental, nela incluindo o amálgama de pretensões jurídico-subjetivas e deveres objetivos dedutíveis expressa e implicitamente dos inúmeros *enunciados normativos* que versam sobre um mesmo direito fundamental. Ela possibilita enxergar o direito fundamental *como um todo* (ALEXY, 2007, p. 214), isto é, o direito fundamental *completo*.⁴⁰ Uma mesma norma, resultante de uma interpretação sistemática de vários dispositivos, apresenta múltiplas funções ligadas ao respeito, proteção e promoção do mesmo bem jurídico considerado essencial pela Constituição.

Assim, quando observado o direito fundamental em sentido amplo, ele se desdobra em várias funções: (i) de defesa contra investidas do Estado; (ii) de prestações materiais, fornecidas no mundo dos fatos; (iii) de prestações normativas, ligadas à proteção do direito

³⁹ Para uma análise mais detida dessa questão, cf.: HACHEM, 2013, p. 618-688.

⁴⁰ Na tradução da obra de Robert Alexy do original em alemão para o português, Virgílio Afonso da Silva optou pela expressão “direito fundamental *completo*” no lugar de “direito fundamental *como um todo*”, esta última utilizada por Carlos Bernal Pulido na tradução para o espanhol, citada acima. Ver: ALEXY, 2014, p. 248-253.

fundamental contra ações de outros particulares e à criação de órgãos, instituições e procedimentos que viabilizem de forma universalizada o desempenho das demais funções.

Tome-se como exemplo o direito à saúde. Da interpretação sistemática dos enunciados constitucionais que versam sobre ele nasce um *direito fundamental* em sentido amplo que, se visto *como um todo*, congrega diversas *pretensões jurídicas jusfundamentais* com diferentes funções: (i) a liberdade de escolher as práticas diagnósticas, os métodos terapêuticos e os medicamentos que o titular do direito irá utilizar, restando vedada qualquer imposição estatal nesse sentido (*função de defesa*); (ii) o fornecimento de serviços médicos ambulatoriais ao cidadão (*função de prestação fática*); (iii) a criação de órgãos e pessoas jurídicas, como postos de saúde e hospitais públicos, bem estruturados para o atendimento da população em geral (*função de organização*); (iv) a elaboração de normas administrativas que regulamentem os requisitos para a distribuição gratuita de medicamentos pelo Estado, inclusive com a confecção das listas de medicamentos que integram o componente básico da Assistência Farmacêutica (*função de procedimento*); (v) a definição de uma política de vigilância sanitária, que fixe normas proibitivas à comercialização de produtos e insumos que possam causar risco à saúde, fiscalizando a sua regular observância pelos particulares (*função de proteção*).

O mesmo se diga em relação ao direito à educação. Na sua condição de direito fundamental como um todo, ele engloba diversas pretensões jurídicas específicas, tais como:

(i) a liberdade de aprender e ensinar, sendo defesa a imposição de métodos educacionais pelo Estado (*função de defesa*);

(ii) a prestação de atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência (*função de prestação fática*);

(iii) a criação de órgãos e pessoas jurídicas que ofereçam gratuitamente o serviço público de educação (*função de organização*);

(iv) a regulamentação de como se dará o acesso igualitário aos estabelecimentos públicos de ensino, tais como as universidades (*função de procedimento*);

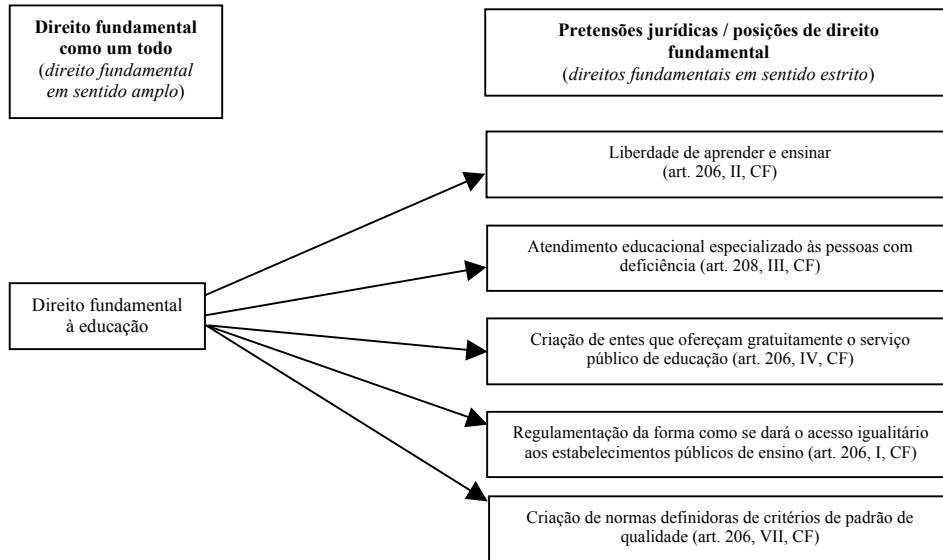
(v) a criação de normas que definam critérios de padrão de qualidade, bem como a sua fiscalização pelo órgão competente, para impedir que a exploração dessa atividade pelos particulares seja realizada abaixo dos níveis adequados (*função de proteção*). Nos exemplos citados, cada uma dessas pretensões jurídicas pode ser identificada em um dispositivo específico da Constituição Federal (art. 206, I, II, IV, VII e art. 208, III).

(d) Feitas essas considerações conceituais a propósito da distinção entre *enunciado normativo*, *norma* e *direito fundamental*, e analisada a estrutura jurídica complexa das normas de direito fundamental (composta por uma dupla dimensão – *objetiva* e *subjetiva* – e caracterizada por sua *multifuncionalidade*), impõe-se um quarto esclarecimento: a diferenciação entre “direito fundamental” e “pretensão jurídica jusfundamental”.

Se observado o direito fundamental *como um todo*, é dizer, o direito fundamental *completo*, pode-se perceber que dele decorrem múltiplas *pretensões jurídicas*. Ou seja: uma compreensão global do direito fundamental como a acima referida, que parte de uma *norma* resultante da construção hermenêutica derivada de diversas disposições constitucionais, a ele irá associar uma pluralidade de posições jurídicas subjetivas que podem ser reclamadas pelo seu titular – embora nem todas pela via individual. Logo, num sentido amplo um *direito fundamental* se apresenta como um conjunto de *pretensões jurídicas* que o ordenamento constitucional assegura aos cidadãos. Ocorre que, numa acepção estrita, cada uma dessas pretensões jurídicas isoladamente consideradas também pode ser chamada de direito fundamental. Retomando um dos exemplos antes oferecido, o direito à educação considerado *como um todo* (sentido amplo) engloba todas as pretensões jurídicas já mencionadas; mas a

pretensão jurídica de acesso gratuito ao serviço público de educação básica, vista singularmente, não deixa de ser igualmente um direito fundamental (sentido estrito).

Visualmente, o tema poderia ser explicado da seguinte forma:



De forma simplificada: se analisada a norma *como um todo*, a partir do conjunto de pretensões jurídicas por ela asseguradas, trata-se de um *direito fundamental em sentido amplo*; se tomada apenas uma das *pretensões jurídicas* dela emanadas, de forma isolada, cuida-se de um *direito fundamental em sentido estrito* (ou *posição de direito fundamental*).⁴¹

A falta de percepção quanto à natureza jurídica complexa dos direitos fundamentais encontra-se no habitual desprezo em relação a essa distinção. Quando alguém menciona o “direito à saúde” de forma genérica, é impossível dizer *a priori* se ele pode ou não ser postulado judicialmente por um sujeito individual. A que se está referindo exatamente? Ao direito fundamental à saúde como um todo (sentido amplo) ou a uma pretensão jurídica isolada, decorrente da norma jurídica que o consagra (sentido estrito)? Nesse último caso, a qual das diversas posições jurídicas dela derivadas se está aludindo? Se a resposta for “à pretensão de criação de uma estrutura organizacional para a prestação eficiente do serviço (v.g., hospital público) e adequada fruição da saúde pelos cidadãos”, a solução é uma; se for “à pretensão de fornecimento gratuito de medicamento inserido na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)”, a solução será outra.

Algumas pretensões jurídicas jusfundamentais, associadas à dimensão subjetiva do direito, podem ser postuladas individualmente. Outras, ligadas à sua perspectiva objetiva, só

⁴¹ Em sentido similar: BERNAL PULIDO, 2007. p. 81-82.

poderão ser reivindicadas por meio dos instrumentos de tutela coletiva, e desde que observados alguns requisitos que serão esboçados posteriormente. O que desde já importar salientar é que, diante dessas características especiais de que gozam os direitos fundamentais, é insuficiente e inapropriado tentar *reduzi-los* (e não alçá-los, como poderia parecer) à condição de direitos subjetivos individuais como estratégia para garantir a sua satisfação judicial. Isso poderá levar a atentados contra o princípio da igualdade, quando for concedida apenas para um jurisdicionado medida que deveria ser estendida a todos os titulares da mesma pretensão jusfundamental. Ou implicar óbices à sua efetivação integral, por se tratar de um modo de pensar que ignora a existência de pretensões jurídicas derivadas da dimensão objetiva, titularizadas por grupos e coletividades, que poderiam ser pleiteadas pelo sistema de processos coletivos (e que não se ajustam aos esquemas tradicionais do direito subjetivo individual).

A impossibilidade de se associar automaticamente *direito fundamental a direito subjetivo individual* não significa, nesse influxo, enfraquecer a sua proteção jurídica. Pelo contrário: um *direito fundamental* será sempre *mais* do que um mero *direito subjetivo*, concebido segundo o prisma tradicional.⁴² E isso por dois motivos: (i) primeiro, porque quando considerado *como um todo* (sentido amplo), ele não engloba apenas uma, mas sim uma gama de pretensões jurídicas jusfundamentais (sentido estrito) que poderiam, *grosso modo*, ser consideradas como direitos subjetivos; (ii) segundo, porque além dessa dimensão subjetiva, a norma de direito fundamental apresenta uma perspectiva objetiva, que endereça implicitamente ao Estado, independentemente de determinações expressas ou de postulação subjetiva dos seus titulares, deveres objetivos de proporcionar as condições materiais e jurídicas adequadas para a tutela e exercício efetivos desses direitos, protegendo-os contra investidas estatais e particulares e criando mecanismos procedimentais que tornem possível a sua posterior exigibilidade subjetiva.

Por outro lado, conceber os direitos fundamentais necessariamente como *direitos subjetivos* significaria renegar a algumas das posições jurídicas específicas a eles associadas (sentido estrito) o *status* de autênticos direitos fundamentais. Se para ostentar essa condição fosse imprescindível o enquadramento na categoria de direito subjetivo, aquelas parcelas do direito fundamental como um todo que se apresentam como deveres objetivos de ação estatal (*v.g.*, função de proteção contra violações por particulares) não poderiam ser reconhecidas como pretensões jurídicas jusfundamentais.

Portanto, o grande problema que gera graves confusões nessa temática está no fato de que, muitas vezes, alude-se ao direito fundamental *como um todo* (sentido amplo) para se discutir se é possível exigi-lo judicialmente ou não. Faz-se uma menção genérica ao direito (*v.g.*, direito à moradia, direito à educação...), sem demonstrar quais são as *posições de direitos fundamentais* (direito fundamental em sentido estrito) que estão englobadas pela norma jusfundamental em questão. Às vezes, por falta de concreção normativa, é difícil identificar claramente quais são os direitos fundamentais em sentido estrito (*posições jurídicas*) que

⁴² Segundo Jorge Reis Novais, a categoria jurídica de direito subjetivo “não esgota estruturalmente o conceito de direito fundamental” (2003, p. 57).

derivam de determinada norma. Em outras palavras: há casos em que não se sabe com precisão quais relações jurídicas são estabelecidas pela norma de direito fundamental.

(e) Chega-se então à quinta peculiaridade que merece ser colocada em relevo. O grau de exigibilidade de cada uma das pretensões jurídicas enfeixadas pelo mesmo direito fundamental em sentido amplo relaciona-se com dois fatores: **(e.1)** a concreção normativa de cada pretensão jurídica; e **(e.2)** a sujeição a determinadas reservas jurídicas e fáticas.

(e.1) As pretensões jurídicas jusfundamentais (direitos fundamentais em sentido estrito) são relações jurídicas firmadas entre indivíduos ou entre cidadão e Estado (BERNAL PULIDO, 2007, p. 85). Formam-se a partir de um sujeito ativo (titular da pretensão jurídica), um objeto (dever de ação ou omissão), e um sujeito passivo (destinatário). Veja-se o direito constitucional à proteção dos idosos. Ele engloba, entre outras, a pretensão jurídica de gratuidade dos transportes públicos urbanos aos maiores de sessenta anos (art. 230, §2º, CF). No exemplo, o sujeito ativo será o idoso que tenha atingido essa idade, o sujeito passivo será o Município ou o concessionário de serviço público que lhe faça as vezes, e o objeto será a proibição deste de cobrar daquele pelo serviço prestado.

Ocorre que as pretensões jurídicas decorrentes de normas de direitos fundamentais poderão ou não apresentar uma dimensão subjetiva, reivindicável judicialmente pela via individual. Isso dependerá da precisão dos contornos efetuada normativamente pelo ordenamento jurídico, seja em sede constitucional, legislativa ou administrativa. Desse modo, é a concreção normativa que adiciona o radical subjetivo à dimensão objetiva dos direitos fundamentais: esta última dirige ao Estado deveres objetivos, mas o seu cumprimento será passível de exigência judicial individual pelo titular do direito somente se a ordem jurídica tiver concretizado minimamente os seus contornos. Quanto mais forem delineados os conteúdos do direito fundamental em questão, pela própria Constituição, pelas leis e pelos atos administrativos normativos, maior será a sua sindicabilidade judicial, e mais reforçada será a sua dimensão subjetiva (VALLE; DIAS, 2018).

O reconhecimento de uma dimensão subjetiva, capaz de autorizar a exigibilidade judicial da pretensão jurídica jusfundamental, pressupõe que o sistema normativo haja estipulado um grau específico de determinabilidade da conduta estatal devida. Isso poderá – como no exemplo do idoso – acontecer no plano constitucional, mediante especificações do conteúdo do direito pela própria Constituição (caso que torna dispensável a regulamentação legislativa do direito para permitir sua acionabilidade judicial). Mas poderá se dar no plano infraconstitucional, com a determinação concreta dos deveres estatais correspondentes através de leis e atos normativos. Tal exigência se justifica para que o magistrado possa ter parâmetros objetivos mínimos para se basear no momento da análise do pleito formulado judicialmente, que lhe permitam verificar a conformidade jurídica dos comportamentos comissivos ou omissivos do Poder Público (NOVAIS, 2003, p. 116).

As polêmicas no campo dos direitos fundamentais sociais nascem, muitas vezes, da ausência de minuciosa especificação do seu conteúdo normativo (limites e abrangência) no próprio texto constitucional – o que se passa com alguns direitos, não com todos. Já se viu que

no caso do direito à educação a Constituição dedicou vários dispositivos para delinear os seus contornos (HACHEM; KALIL, 2016). O direito à moradia, por sua vez, não recebeu uma ampla regulamentação pelas disposições constitucionais. De todo modo, ainda que o Título VIII (“Da Ordem Social”) discipline em maior ou menor medida as pretensões jurídicas incluídas em vários direitos sociais, o artigo 6º da Constituição – dispositivo inserido no Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais – os enuncia genericamente.⁴³ Isso facilita que os titulares dos direitos se apoiem na previsão genérica e dela queiram extrair pretensões jurídicas não garantidas pelo ordenamento jurídico, que desbordam do conteúdo de seus direitos fundamentais.

O fato de a Constituição albergar ditos direitos não faz automaticamente com que todas as pretensões jurídicas a eles relacionadas sejam demandáveis judicialmente da forma como o titular bem entende. E logicamente também não faz com que eles sejam somente recados para o legislador, pois, dotados de eficácia jurídica vinculante aos Poderes Públicos, sempre produzirão ao menos alguns efeitos relevantes.⁴⁴ Mas a questão é que qualquer direito, esteja previsto onde estiver – isto é, independentemente da estatura ou natureza jurídica da previsão normativa que o veicula – precisa ter os seus contornos delineados para que se possa saber o que é que o seu titular pode demandar da contraparte obrigada (seja ela um particular ou o Estado), como pressuposto para a sua satisfação integral.

Considere-se o direito de propriedade, assegurado constitucionalmente como direito fundamental (art. 5º, XXII). Essa previsão não garante, por si só, que o Estado não possa interferir nesse direito, restringi-lo, ou até mesmo excluí-lo da esfera jurídica do indivíduo. E isso mesmo se a Constituição não falasse em função social da propriedade. Afinal, o legislador já previu: (i) formas de aquisição, transmissão e perda da propriedade; (ii) a possibilidade de restrições para fins urbanísticos; (iii) a desapropriação, inclusive para finalidades distintas (utilidade pública, de um lado, e interesse social, de outro); entre tantas outras limitações. Assim, o fato de a Lei Maior tutelar o direito de propriedade não permite ao seu titular exigir do juiz toda e qualquer pretensão em relação à sua proteção. A abrangência de sua garantia está especificada nas imediações do sistema normativo, que inclui outras normas inscritas na Constituição, em tratados internacionais de direitos humanos, nas leis, nos decretos e demais atos administrativos normativos.

⁴³ Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁴⁴ Nesse sentido, aduz Clèmerson Merlin Clève: “As normas constitucionais sempre produzem uma ‘eficácia jurídica de vinculação’ (decorrente da vinculação dos poderes públicos à Constituição), e, por isso, contam com aptidão para deflagrar, pelo menos, os seguintes resultados: (i) revogam (invalidação decorrente de inconstitucionalidade superveniente) os atos normativos em sentido contrário; (ii) vinculam o legislador, que não pode dispor de modo oposto ao seu conteúdo (servem como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade do ato contrastante); (iii) ‘conferem direitos subjetivos negativos ou de vínculo (poder de se exigir uma abstenção ou respeito a limites)’. Esta é a dimensão negativa da eficácia mínima produzida pelas normas constitucionais, mesmo as inexecutáveis por si mesmas. Mas elas operam, igualmente, uma eficácia positiva. Em virtude da ‘eficácia de vinculação’, as normas: (i) informam o sentido da Constituição, definindo a direção do atuar do operador jurídico no momento da interpretação e da integração da Constituição (identificando-se o Estatuto Constitucional com um sistema, a rede de significação definidora do seu sentido – conteúdo – é formada por todas as normas constitucionais, inclusive, as de eficácia limitada); e (ii) condicionam o legislador, reclamando a concretização (realização) de suas imposições; se nem sempre podem autorizar a substituição do legislador pelo juiz, podem, por vezes, autorizar o desencadear de medidas jurídicas ou políticas voltadas para a cobrança do implemento, pelo legislador, do seu dever de legislar”. CLÈVE, 2000. p. 320-321.

Ninguém cogitaria, nos dias atuais, invocar a previsão constitucional do direito de propriedade para dizer ser inconstitucional a instituição de uma limitação administrativa em um bem imóvel ou a promoção de sua desapropriação. Podem alegar a ausência dos elementos juridicamente exigidos para a deflagração de tais atos interventivos (*v.g.*, utilidade pública) ou a violação, na situação concreta, a princípios como a proporcionalidade e a razoabilidade, mas jamais opor o seu direito fundamental à propriedade como óbice para o manejo de tais medidas, já que o próprio ordenamento jurídico reconhece que elas podem afetar esse direito. É o sistema normativo que delimita o seu conteúdo. Da mesma forma, o indivíduo não pode evocar o direito à saúde previsto constitucionalmente para exigir toda e qualquer prestação necessária à proteção ou promoção de sua saúde. Ele precisa – tanto quanto o titular do direito de propriedade – verificar em que termos o restante do Direito positivo lhe assegura esse direito. Faz-se imperioso averiguar, além das normas constitucionais, as leis e atos administrativos normativos que especificam o conteúdo do seu direito, que logicamente não é absoluto nem irrestrito. Assim como ninguém dirá ser absurdo limitar o direito de propriedade aos contornos que lhe foram delineados pelo conjunto da ordem jurídica, não se poderá reputar como conservadorismo a negação de uma feição absoluta ao direito à saúde. Do contrário, a atitude significará uma recusa injustificada, por parte daqueles que buscam imprimir aos direitos sociais tal atributo, em olhar para o resto do ordenamento jurídico.

(e.2) A ausência de caráter absoluto dos direitos fundamentais explica-se, ademais, pelo fato de sua exigibilidade encontrar-se sujeita a algumas reservas fáticas e jurídicas, a depender da função da pretensão jusfundamental que estiver sendo analisada. Em outras palavras, a estrutura normativa complexa dos direitos fundamentais autoriza que, em determinadas situações, seu conteúdo seja objeto de restrições – o que não significa que toda e qualquer limitação eventualmente operada esteja sempre em conformidade com o Direito.⁴⁵ Jorge Reis Novais destaca que as restrições oponíveis aos direitos fundamentais são de três ordens: **(i)** *reserva imanente de ponderação*; **(ii)** *reserva do politicamente adequado ou oportuno*; **(iii)** *reserva do financeiramente possível* (NOVAIS, 2010, p. 273 *et seq.*). No entanto, tais reservas não se aplicam indistintamente a qualquer situação que envolva a concretização de norma jusfundamental. Em verdade, cada uma das funções desempenhadas pelo direito fundamental articula de maneira própria a incidência dessas reservas.⁴⁶

(i) A *reserva imanente de ponderação*, conforme já mencionado acima, está diretamente relacionada ao caráter principiológico que, em geral, assumem as normas definidoras de

⁴⁵ De acordo com o magistério de Jorge Reis Novais (NOVAIS, 2003, p. 227), há que se distinguir dois conceitos. *Restrições em sentido estrito* correspondem à delimitação do conteúdo de uma norma garantidora de direito fundamental, seja por meio de lei formal ou de atos administrativos normativos, que do ponto de vista jurídico-subjetivo resultam em diminuição substantiva do espectro de proteção assegurado pela norma. Por outro lado, *intervenções restritivas* referem-se a atuações estatais, em casos concretos, que diminuem o nível de eficácia de um direito fundamental naquela situação específica, com vistas à tutela de outro direito igualmente protegido pelo ordenamento jurídico.

⁴⁶ Novais (2010, p. 42) aponta que, das variadas *funções* que podem ser desempenhadas pelos direitos fundamentais, exsurtem para o Estado *deveres* de concretização: (i) dever de respeitar (relacionado à função de defesa); (ii) dever de proteger (ligado à função prestacional de proteção); (iii) dever de promover (correlato à função prestacional em sentido estrito).

direitos fundamentais. Como muitos dos bens jusfundamentais são protegidos por normas-princípio, a sua aplicação ao caso concreto encontra-se sujeita a uma dimensão de peso: ocorrendo colisão de direitos fundamentais, e a depender da situação fático-jurídica considerada, um deles poderá ter sua exigibilidade restringida. Assim, os direitos fundamentais estão sujeitos à reserva de ponderação, que poderá justificar restrições em qualquer das funções por eles desempenhadas, seja *defensiva* (dever de *respeito*) ou *prestacional* (dever de *proteção* e dever de *promoção*). Ainda, a reserva incidirá tanto na atividade normativa de delimitação do conteúdo substantivo do direito, quanto na hipótese de conflitos envolvendo direitos fundamentais com outras normas do ordenamento jurídico (NOVAIS, 2010, p. 275).

Em relação à atividade estatal normativa, ocorrerão processos de ponderação no momento de elaboração de leis em sentido formal (atividade legislativa) e na atividade normativa da Administração Pública, quando os diversos bens jusfundamentais serão sopesados, entre si e com os demais deveres estatais, para a definição das estratégias normativas e materiais de concretização dos comandos constitucionais. Com isso, pode ser promovido o equacionamento entre as diversas finalidades a que se encontram vinculados o legislador e o administrador com a efetiva capacidade de ação do Estado.

Por outro lado, se em um caso concreto dois direitos fundamentais entrarem em choque, a ponderação entre eles permitirá evidenciar qual deve prevalecer naquela hipótese, ante a situação fática e jurídica do contexto, com a consequente restrição do direito com menor dimensão de peso. É o que ocorre quando a liberdade de tráfegar em uma via pública é restringida em razão de uma passeata de manifestantes que pedem melhores condições de trabalho para os professores da rede pública de educação (conflito entre o direito à liberdade de locomoção, assegurado no art. 5º, XV, e o direito à liberdade de expressão, previsto pelo art. 5º, IV, ambos da Constituição Federal).

Quando o Estado deve atuar positivamente para a concretização de um direito fundamental (dever de *proteção* ou dever de *promoção*), ocorre uma articulação mais intensa das reservas a que estão sujeitos. Nessa esteira, tratando-se de função de *prestação*, seja ela *normativa* ou *fática*, somam-se à reserva imanente de ponderação outras duas reservas: a reserva do politicamente adequado ou oportuno e a reserva do financeiramente possível.

(ii) A *reserva do politicamente adequado ou oportuno* expressa as possibilidades de restrição de um direito fundamental na definição dos meios necessários à sua proteção ou promoção. Ou seja, diante da imensa gama de mecanismos e estratégias para que um direito seja protegido ou promovido, caberá aos órgãos competentes decidir quais deles serão empreendidos pelo Poder Público. O direito à moradia, por exemplo, poderá ser protegido por meio de normas que impeçam a penhora judicial da casa onde mora uma família.⁴⁷ O mesmo direito, ainda, pode ser promovido através de políticas públicas que facilitem o acesso à propriedade de imóvel residencial.⁴⁸ Todos esses meios aptos à concretização do direito,

⁴⁷ A Lei nº 8.009/1990 disciplina a impenhorabilidade do bem de família.

⁴⁸ Como exemplo, cite-se o Programa Minha Casa Minha Vida, disciplinado pela Lei nº 11.977/2009, que concede subvenção econômica aos beneficiários no momento do financiamento da unidade habitacional.

portanto, permanecem sujeitos a uma apreciação política sobre quais efetivamente serão adotados pelo Estado, de modo que, em princípio, apenas serão exigíveis aquelas prestações reconhecidas pelo Poder Público como integrantes do conteúdo substantivo do direito.

(iii) Finalmente a *reserva do financeiramente possível* poderá justificar a restrição de um direito fundamental quando sua efetivação demandar uma atuação custosa por parte dos órgãos e entes estatais por meio de prestações materiais.⁴⁹ Eventual necessidade de recursos financeiros para que os cidadãos tenham acesso a bens jusfundamentais realça o fato de que, considerando-se que o dinheiro público não é infundável, deverá haver escolhas alocativas que distribuam os recursos entre as diversas finalidades constitucional e legalmente previstas. Assim, não é toda e qualquer prestação pleiteada pelo indivíduo que deverá necessariamente ser entregue pelo Estado – este terá o dever de atuar, inclusive injetando recursos públicos, quando uma decisão política anterior o tiver determinado. Por isso, não é qualquer pretensão a prestações materiais que será exigível perante o Poder Público.

Registre-se, ainda, que o que demanda recursos financeiros não é determinado direito em si, mas eventual função *prestacional* relacionada a ele. Com isso, tanto direitos ditos “de primeira geração” ou “de liberdade” como os chamados “de segunda geração” ou “sociais” podem reclamar ações custosas – o direito à propriedade, por exemplo, somente será efetivado para a parcela marginalizada da população se em algum momento forem implementados programas de reforma agrária, que exigem intervenção direta do Estado; o direito à saúde, por outro lado, muitas vezes demanda o dispêndio de recursos públicos para ser satisfeito, como no caso da concessão gratuita de medicamentos (RIBEIRO; HARTMANN, 2016). Nessas situações, portanto, é possível que a escassez de recursos assuma relevância normativa para a delimitação do conteúdo do direito (NOVAIS, 2010, p. 278).

A totalidade das características jurídicas acima descritas atestam a impossibilidade de se encarar os direitos fundamentais de forma restrita exclusivamente como *direitos subjetivos*. Impõe-se levar em consideração a sua natureza e estrutura complexas, reconhecendo-os como uma categoria jurídica autônoma, que ora assume uma dimensão subjetiva individual, ora se revela em uma perspectiva objetiva transindividual.

Referências Bibliográficas

- BRITO FILHO, J. C. M. de. 2013. A Universalidade como Característica Natural dos Direitos Humanos. *Revista Ensino*, 2(2):11-31.
- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. 2004. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid, Trotta.
- ALEXY, R. 2007. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALEXY, R. 2014. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros.

⁴⁹ A doutrina e jurisprudência brasileiras geralmente analisam a relevância financeira dos direitos fundamentais a partir da teoria da “reserva do possível”, desenvolvida com maior refinamento na Alemanha. Sobre o tema, cf. SGARBOSSA, 2010; SARLET; TIMM, 2010; PEREIRA, 2014; SCHIER; SCHIER 2018; LOPES; LIMA, 2018.

- ALMEIDA, F. D. M. de. 2001. *Liberdade de reunião*. São Paulo, Max Limonad.
- _____. 2011. Dez ideias sobre a liberdade, extraídas da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. In: C. B. Horbach; F. D. M. de Almeida; J. L. M. do Amaral Júnior; R. S. Leal (Orgs.), *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo, Quartier Latin.
- AMARAL, F. 2003. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar.
- AMARAL, G. 2001. *Direitos, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro, Renovar.
- ANDRADE, J. C. V. de. 2012. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra, Almedina.
- ARAÚJO, L. F. D. 2018. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. *Revista de Investigações Constitucionais*, 5(1):129-150.
- AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. 2018. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. *Revista de Investigações Constitucionais*, 5(1):83-108.
- BACELLAR FILHO, R. F. 2007. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte, Fórum.
- BARBOSA, A. E. I.; LIMA, M. M. B. 2018. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais*, 5(1):109-128.
- BARROSO, L. R. 2005. A doutrina brasileira da efetividade. In: L. R. Barroso. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar.
- _____. 2012. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo, Saraiva.
- BERNAL PULIDO, C. 2007. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BONNARD, R. 1932. Les droits publics subjectifs des administrés. *Revue du droit public et de la Science politique en France et a l'étranger*, 49:695-728.
- CLÈVE, C. M. 2000. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- DIAS, D. M. F. 2012. O direito público subjetivo e a tutela dos direitos fundamentais sociais. *Revista Jurídica da Presidência*, 14(102): 233-250.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. 2008. *Sistema de derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid, Thomson Civitas.
- DWORKIN, R. 2010. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo, Martins Fontes.
- Ferreira Filho, M. G. 2012. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo, Saraiva.
- FERRARI, R. M. M. N. 2001. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, efetividade, operacionalidade*. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1975. Sobre los derechos públicos subjetivos. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 6:427-448.
- GAVARA DE CARA, J. C. 2010. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. Barcelona, Bosch Editor.
- GIDI, A. 1995. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo, Saraiva.
- HACHEM, D. W. 2013. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, 14(14):618-688.
- HACHEM, D. W.; KALIL, G. A. de A. 2016. O direito fundamental social à educação e sua maximização por meio da função extrafiscal dos tributos: o exemplo do Programa

- Universidade para Todos (Prouni). *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, **16**(66):153-177
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. 2011. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno.
- JELLINEK, G. 1892. *System der subjektiven öffentliche Rechte*. Freiburg, [s.n.].
- _____. 1912. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Milano, Società Editrice Libreria.
- KRELL, A. J. 2002. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.
- LEAL, M. C. H.; MORAES, M. V. de. 2018. Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. *Revista de Investigações Constitucionais*, **5**(1):63-81.
- LIMA, F. D. S.; GOMES NETO, J. M. W. 2018. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, **5**(1):221-247.
- LOPES, A. M. D.; LIMA, G. R. de. 2018. A aplicação do princípio da reserva do possível às empresas privadas delegatárias prestadoras de serviços públicos essenciais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, **18**(73):75-95.
- MANCUSO, R. de C. 2004. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- MARIANO, C. M.; FURTADO, E. T.; ALBUQUERQUE, F. B.; PEREIRA, F. H. C. da S. 2018. Diálogos Sanitários Interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. *Revista de Investigações Constitucionais*, **5**(1):169-188.
- MARINONI, L. G. 2004. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- MELLO, C. A. B. de. 2009. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo, Malheiros.
- MIRANDA, J. 2008. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV: Direitos Fundamentais*. 4. ed. Coimbra, Coimbra Editora.
- NOVAIS, J. R. 2003. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra, Coimbra Editora.
- _____. 2006. *Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. In: J. R. Novais. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra, Coimbra Editora.
- _____. 2010. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora.
- PEREIRA, A. L. P. 2014. *Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba, Juruá.
- PÉREZ LUÑO, A. E. 2005. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid, Tecnos.
- PINTO, I. L. F. 2013. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, **13**(53):195-229.
- PIOVESAN, F. 2007. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo, Saraiva.
- QUIROGA LAVIÉ, H. 1985. *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*. Buenos Aires, Depalma.
- RÁO, V. 1991. *O direito e a vida dos direitos. Vol. 2 – Teoria Geral do Direito Subjetivo. Análise dos elementos que constituem os direitos subjetivos*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais.

- RIBEIRO, L. M.; HARTMANN, I. A. 2016. Judicialization of the right to health and institutional changes in Brazil. *Revista de Investigações Constitucionais*, 3(3): 35-52.
- SARLET, I. W. 2010. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Coords.). 2010. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- SARMENTO, D. 2004. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- SCHIER, P. R.; SCHIER, A. da C. R. 2018. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 18(74):67-96.
- SGARBOSSA, L. F. 2010. *Crítica à teoria dos custos dos direitos. Vol. 1: Reserva do possível*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.
- SILVA, V. A. da. 2005. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo, Malheiros.
- _____. 2008. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: C. P. de Souza Neto; D. Sarmento (Coords.), *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- TRINDADE, A. A. C. 1997. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. I*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.
- VALLE, V. R. L. do; DIAS, P. do E. S. de O. 2018. Indeterminação dos direitos sociais e os desafios à efetividade: uma visão empírica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 18(73):207-228.
- VENTURI, E. 2007. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. São Paulo, Malheiros.
- VIEIRA, J. R.; EMERIQUE, L. M. B.; BARREIRA, J. H. 2018. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. *Revista de Investigações Constitucionais*, 5(3):277-302.
- VILLEY, M. 2009. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo, Martins Fontes.
- ZAGREBELSKY, G. 2007. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid, Trotta.
- ZANCANER, W. 2011. Limites e confrontações entre o público e o privado. In: R. F. Bacellar Filho (Coord.), *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum.

Submetido: 28/10/2019

Aceito: 10/02/2020