

Fundamentalidade dos Direitos Sociais Prestacionais e a Teoria de Direitos Humanos de Amartya Sen*

DANIEL DOS SANTOS RODRIGUES

Pós-Graduado em Direito Processual Técnico Judiciário do TRE/GO.

RESUMO: Este artigo estuda, a partir do referencial da teoria dos direitos humanos de Amartya Sen, o problema da fundamentalidade dos direitos sociais prestacionais. Observa que muitas das críticas à fundamentalidade dos direitos sociais baseiam-se em teorias liberais de justiça, as quais defendem uma pretensa separação entre liberdade e justiça. Assevera que, por razão desta separação, algumas teorias não conseguem perceber que até mesmo os direitos de “liberdade” exigem obrigações “positivas”. Assenta também que os direitos fundamentais não podem ser reconhecidos por juízos éticos parciais, mas sim a partir de uma conjugação entre juízos éticos plurais e deliberação democrática. Conclui-se que nenhum direito fundamental é totalmente autoaplicável, pois tal característica só é atribuível às obrigações que cada direito encerra.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; direitos sociais prestacionais; justiça; liberdade.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Teorias de justiça e a fundamentalidade dos direitos; 2 Multifuncionalidade e as obrigações dos direitos fundamentais; 3 Sobre o atributo da autoaplicabilidade dos direitos fundamentais; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O problema da realização dos direitos sociais é hoje um dos temas mais fascinantes e intrincados da literatura e da prática jurídica contemporâneas. Sobre o assunto, muito vem sendo estudado e é comum que as baterias dos defensores desses direitos voltem-se contra os conhecidos argumentos da reserva do possível, do princípio da separação dos poderes ou da impossibilidade de controle judicial sobre a discricionariedade e o mérito administrativos. No entanto, esses conceitos são apenas a parte mais visível a respeito da ineficácia dos direitos sociais, uma vez que as raízes mais profundas da questão quase que permanecem ocultas nas decisões e nos argumentos jurídicos.

* Artigo baseado no trabalho de conclusão de curso intitulado “A contribuição da teoria dos direitos humanos de Amartya Sen na sindicabilidade jurisdicional dos direitos sociais prestacionais”, apresentado no Curso de Pós-Graduação “Direito processual: grandes transformações” ministrado pela Rede LFG e Unama.

Neste sentido, é objeto deste pequeno texto, justamente, o que não raro jaz velado, e muitas vezes até mesmo inconsciente, nas sentenças e nos despachos judiciais que negam eficácia aos direitos de 2ª dimensão. Sabendo-se que toda grande questão jurídica envolve juízos sobre concepções éticas e de justiça, torna-se premente perscrutar-se a respeito das origens filosóficas da insistente resistência à fundamentalidade e, conseqüentemente, à realização jurisdicional dos direitos sociais.

Pela extensão do objeto de estudo, em comparação com os limites da pesquisa, a análise do tema valeu-se do referencial da teoria de direitos humanos do economista indiano Amartya Sen, o qual possui importantes contribuições nos campos da Ética, do Direito e, principalmente, da eficácia dos direitos fundamentais.

De início, a pesquisa irá tratar de três assuntos sumamente relevantes: 1) a divisão que ainda existe entre direitos liberais e sociais, a qual denuncia o fato de que a resistência a estes últimos possui como causa juízos éticos parciais, fundados em concepções de liberdade muito restritas; 2) saber o que faz um direito ser reconhecido como fundamental; e 3) quais são as obrigações que os direitos fundamentais concebem. Logo em seguida, será discutido também o problema da possibilidade de algum direito ser plenamente autoaplicável, uma vez que muitos autores entendem que todo direito fundamental deve possuir o atributo da autoaplicabilidade. Para o desenvolvimento desses assuntos, o pensamento de Sen traz grandes contribuições, pois, segundo este autor, os direitos humanos possuem algumas importantes características, a saber: 1) vinculam-se, intrinsecamente, com as liberdades reais (e não meramente formais) que formam o conteúdo desses direitos; 2) são demandas éticas abertas ao pluralismo e à discussão pública, de maneira que sua fundamentalidade só pode ser posta à prova pela própria sociedade; e 3) encerram os mais variados tipos de obrigações, tanto negativas quanto positivas, fato esse que contesta a possibilidade de um direito ser totalmente autoaplicável e denuncia o equívoco de algumas correntes em achar fundamentais somente aqueles direitos considerados “negativos”.

1 TEORIAS DE JUSTIÇA E A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS

Antes de ser um problema jurídico (o qual absorve diversas discussões, notadamente sobre hermenêutica e processualística, temas que serão melhor tratados nas seções seguintes)¹, a questão da realização dos direitos sociais prestacionais é um problema filosófico, uma vez que muitos críticos não aceitam tais direitos como fundamentais. Aqui dois assuntos conexos são importantes: 1) a divisão ainda existente entre direitos liberais e sociais, cuja causa deita razão

1 Cf. GOUVÊA, Marco Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 140.

no conflito (malresolvido) entre diferentes teorias de justiça²; e 2) saber o que faz um direito ser fundamental.

Sobre o primeiro ponto – sumamente importante para entender o segundo –, interessante notar que várias correntes jusfilosóficas guardam ideais específicos de justiça como critérios de admissão da fundamentalidade dos direitos. Assim as concepções liberais (incluindo as libertárias) e as socialistas foram as que mais influenciaram a teoria dos direitos fundamentais (ou humanos, na perspectiva internacional) no decorrer da história do constitucionalismo moderno³: grosso modo, as primeiras conceberam os direitos de 1ª dimensão (ou direitos liberais), as segundas os direitos de 2ª dimensão (ou direitos sociais).

Para as correntes liberais clássicas, a ideia de direitos fundamentais encontra-se presente na garantia de “não-ingerência” (do Estado e de outros particulares) sobre a esfera de liberdade do indivíduo⁴. Em reforço a esta tese (não-ingerência), edificaram-se as doutrinas libertárias, exacerbando como critério único de justiça o respeito à “condição de universalização” (*condition of universalization*), princípio lógico que sustenta que os únicos direitos possíveis são aqueles que prescrevem deveres independentemente de consequências (*end-independent*), *i.e.*, que todos devem respeitar sem qualquer exceção (*universal obligations*)⁵.

Em contraposição ao liberalismo (e, evidentemente, ao libertarismo), as correntes socialistas dão ênfase à ideia de que os direitos devem garantir de fato a liberdade do indivíduo, sendo insuficiente uma juridicidade que apenas declare que um sujeito é igual e livre sem verificar se realmente ele goza desse *status*.

Muitos dos críticos, de hoje, aos direitos sociais parecem abraçar a concepção formalista liberal dos direitos fundamentais apresentada acima, uma vez que admitem como fundamentais apenas os direitos de 1ª dimensão. Diz-se que os direitos liberais possuem uma justificação existencial imediata, que é ausente nos direitos sociais, pois esses dependem, para sua realização, da inserção do indivíduo na sociedade⁶. Entre os autores estrangeiros, destaca-se a posição de

2 Cf. GOUVÊA, Marco Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*, p. 345; SEN, Amartya Kumar. *Elements of a theory of human rights*. In: *Philosophy and public affairs*, 32, 4, p. 315-356, Fall 2004. Disponível em: <<http://www.mit.edu/~shaslang/mprg/asenETHR.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2007. p. 318.

3 Cf. BONAVIDES, Paulo. *A teoria dos direitos fundamentais*. In: _____. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 562-5; VIZARD, Polly. *The contributions of Professor Amartya Sen in the field of human rights*. CASEpaper 91. London: Centre for analysis of social exclusion. London School of Economics, 2005. Disponível em: <<http://sticerd.lse.ac.uk/dps/case/cp/CASEpaper91.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2007. p. 7.

4 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 181.

5 Cf. SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 86; Cf. VIZARD, Polly. *Op. cit.*, p. 7.

6 Cf. GOUVÊA, Marco Maselli. *Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 323-4. Gouvêa apresenta assim o argumento: “[...] os bens sobre os quais

Böckenförde, para o qual os direitos sociais não passam de direitos relativos, pois não podem ser estendidos a todos sem algum tipo de avaliação fática e progressividade de prestação⁷.

Entre os autores nacionais, Torres segue linha parecida quando afirma que a “tese da indivisibilidade” dos direitos fundamentais, a qual concebe os direitos sociais fundamentais como são os liberais,

[...] chega a alguns impasses: não consegue resolver o problema da eficácia dos tais direitos fundamentais sociais sem a intermediação do legislador; banaliza a temática dos direitos da liberdade sem fortalecer a dos direitos da justiça; apoia-se na ideia de “justiça social”, que postula a distribuição da riqueza social entre as classes, mas não leva à adjudicação de parcelas dessa riqueza a indivíduos concretos; tenta substituir as políticas públicas pela subsunção no processo judicial, atitude típica do bacharelismo; amortece a dimensão reivindicatória da cidadania; busca, enfim, a própria *quadratura do círculo*.⁸ (itálico no original)

Vê-se que, ao separar direitos sociais dos direitos liberais, Torres quer distinguir liberdade de justiça, como sendo esta o meio para aquela. Porém, tal separação, em termos substanciais, realmente demonstra-se difícil de fazer.

Mas o que constitui exatamente estes direitos de liberdade? Seriam somente as condições formais/procedimentais, como expostas no libertarismo, ou também estão incluídas condições materiais mínimas de fruição dessas liberdades? Torres comenta que o direito ao mínimo existencial somente é um direito fundamental enquanto assegura, em última análise, a fruição dos direitos liberais⁹, mas discutir a realização deste mínimo não é uma questão de justiça, visto ser um meio claro para a liberdade?

Nesse ponto, a teoria dos direitos humanos de Amartya Sen demonstra grande relevância, pois o seu principal fundamento é justamente o significado da *liberdade* que forma a essência desses direitos¹⁰. Ao criticar a base informa-

versam os direitos de primeira geração já são detidos pelos seus titulares como prerrogativas inerentes à pessoa considerada em si mesma – possuem, portanto, uma justificação existencial imediata –, ao passo em que os direitos sociais relacionam-se a bens cuja possibilidade de aquisição ou cujo valor depende da inserção da pessoa humana na sociedade”. (p. 323-4)

7 Cf. GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, p. 363; TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES, António José Avelãs (Orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 452-3.

8 TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 454. Interessante notar que, apesar de dizer que os direitos sociais não são direitos fundamentais, Torres sustenta algumas posições avançadas como a criação, no Brasil, de instrumento semelhante ao mandado de injunção americano, o qual permite ao Judiciário obrigar o Legislativo a prever verbas no orçamento seguinte para a realização de direitos sociais (p. 465).

9 Cf. GOUVÊA, Marco Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*, p. 45.

10 Cf. SEN, Amartya Kumar. *Elements of a theory of human rights*, p. 319.

cional (as variáveis relevantes) da teoria da justiça de John Rawls, o economista indiano argumenta que os bens primários (basicamente os *meios* necessários para uma existência livre e digna, os quais se centram nas coisas)¹¹, na teoria do filósofo americano, representam um espectro muito limitado de condições necessárias para a liberdade¹², porquanto, para Sen, as oportunidades substantivas (centradas nas pessoas) também devem ser levadas em conta.

Um exemplo do próprio Sen pode ajudar a iluminar a questão. Imaginemos duas pessoas com o mesmo conjunto de bens, sejam esses de qualquer tipo (recursos financeiros, bens *in natura*, etc.). Agora, imaginemos que uma delas é portadora de alguma necessidade especial, por razão de uma deficiência qualquer. Qual delas detém maiores chances de fruição de liberdade? Considerando apenas as variáveis aqui expostas, percebe-se que a pessoa portadora de necessidade especial encontra-se em desvantagem em relação à que não possui qualquer limitação¹³, o que fatalmente afetará o grau de fruição de liberdade.

Note-se que a teoria dos direitos humanos de Sen vincula-se a uma perspectiva bem ampla de liberdade, cujo conceito, calcado nas oportunidades reais (*capabilities*) de um indivíduo para levar uma vida digna e livre¹⁴, ultrapassa muito o conceito liberal (e sem a eliminação das liberdades formais empreendida pelo socialismo real), representando que uma separação lógica entre justiça e liberdade só seria possível considerando esta última em termos meramente formais. Em outras palavras, há uma clara indicação de que a concepção de uma teoria da justiça, necessariamente, influencia uma concepção de liberdade, e vice-versa¹⁵.

Cumpra observar que mesmo uma concepção puramente procedimental de direitos – como a libertária o é – constitui, em si mesma, um ideal de justiça¹⁶. Como diferentes ideais de justiça, invariavelmente, entram em conflito, nada diz que os direitos que cada um defende seguiriam caminho diferente. Em outros termos, para além da realização de uma liberdade formal, é possível perceber pontos de tensão entre os direitos sociais e liberais. Cabe, em essência, a pergunta: até que ponto podemos ir para garantir a liberdade real sem ofender a regra de não-ingerência da liberdade formal?¹⁷. É possível encontrar algum

11 Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 97-8.

12 Cf. SEN, Amartya Kumar. *Elements of a theory of human rights*, p. 337; Cf. VIZARD, Polly. p. 13-15.

13 Cf. SEN, Amartya Kumar. *Elements of a theory of human rights*, p. 332.

14 Cf. ALEXANDER, John M. Capabilities, human rights and moral pluralism. *The International Journal of Human Rights*, v. 8, n. 4, p. 451-469, Winter 2004. Disponível em: <<http://www.unipiv.it/deontica/sen/papers/Alexander.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2007. p. 3-4.

15 Cf. SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*, p. 76.

16 Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 294-9. Particularmente relevante, nesse texto, é o paralelo que traça o autor entre o direito liberal e o direito social. Diz Macedo Júnior que “[o] direito liberal clássico, baseado na noção de troca, é substituído pela noção de acordos de solidariedade, ancorados na ideia de justa distribuição ou equitativa alocação dos ônus e lucros sociais” (p. 294).

17 Cf. SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*, p. 86. Nesta passagem, interessante a observação que faz Sen a respeito da possibilidade de uma teoria puramente procedimental dos direitos fundamentais ser catastrófica para os indivíduos sem sequer violar nenhum direito liberal negativo.

equilíbrio? Talvez o mínimo existencial seja uma resposta para essas perguntas. Porém, o que é importante perceber aqui é que um direito não pode ser considerado fundamental somente a partir de uma concepção isolada de justiça. Sendo o liberalismo apenas uma dentre várias concepções de justiça, nada nos leva a crer que ele seria o único ideal a dizer quais direitos são fundamentais e quais não são, o que nos conduz à questão sobre o que faz, de fato, um direito ser fundamental.

Ato contínuo, somente nos últimos anos a teoria jurídica vem conseguindo uma solução mais satisfatória para a questão da fundamentalidade dos direitos. Após a insuficiência do apelo metafísico das correntes jusnaturalistas e do vazio moral lançado pelas vias positivistas radicais, a doutrina jurídica do pós-guerra foi obrigada a rever os fundamentos da ordem jurídica, de maneira a legitimá-la em bases morais e políticas mais sólidas. Os ideais de Kant e Rousseau tornaram-se os novos pilares do direito moderno, da *era dos direitos*: do primeiro deriva a tradição racional-transcendente dos direitos humanos calcada na razão; do segundo origina o fundamento político-consensual, firmado na soberania popular¹⁸.

Construída sobre a constatação kantiana da insuficiência da mente humana em apreender as coisas em si mesmas e a partir da identificação da linguagem como a base do conhecimento¹⁹, tal fundamentação, baseada no pensamento de Habermas, sustenta que a legitimidade dos direitos fundamentais é extraída de uma relação dialética entre democracia deliberativa (grosso modo, argumentação pública livre de qualquer coação) e direitos transcendentais: a democracia deliberativa conforma, legitimamente, os direitos transcendentais, ao passo que tais direitos (e o respeito a tais direitos) garantem a legitimidade do processo democrático²⁰.

Sen também formula ideia parecida ao afirmar que os direitos humanos devem ser vistos com demandas éticas abertas ao pluralismo e à discussão pública, pois um escrutínio crítico irrestrito é essencial tanto para a desconsideração quanto para a defesa desses mesmos direitos²¹. Em outras palavras, quer dizer o economista indiano que a importância (ou mesmo a fundamentalidade) de uma demanda de direitos humanos só pode ser testada através da discussão pública livre.

Configurada a legitimação dos direitos humanos nestes termos, mostra-se incorreto sustentar, portanto, que, por uma questão de “estratégia” de salvaguarda, os direitos sociais não seriam fundamentais²². Demais disso, conjugando-se a forma de legitimação dos direitos humanos acima (demandas éticas política-

18 Cf. GOUVÊA, Marco Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*, p. 226.

19 Cf. idem, p. 168-9

20 Cf. idem, p. 232-4

21 Cf. SEN, Amartya Kumar. *Elements of a theory of human rights*, p. 349.

22 Cf. GOUVÊA, Marco Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*, p. 48.

mente reivindicadas) com a constatação de Sen de que qualquer direito encerra vários tipos de obrigações (tanto obrigações perfeitas quanto imperfeitas, como será visto adiante), parece equivocada a tese de que os direitos sociais (que não envolvem o mínimo existencial) não são fundamentais porque são direitos instituídos no Estado, ao passo que os verdadeiramente fundamentais são, somente, os direitos pré-estatais²³ (os de 1ª dimensão), para os quais bastaria a abstenção. Difícil imaginar então a fundamentalidade do direito à propriedade²⁴ ou até mesmo do direito à liberdade sem qualquer instrumento para sua proteção.

2 MULTIFUNCIONALIDADE E AS OBRIGAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para compreender melhor o problema da crítica dirigida à fundamentalidade (ou não) dos direitos sociais-prestacionais, importante entender a questão das várias obrigações que os direitos fundamentais ensejam (multifuncionalidade); assim se faz necessário, inicialmente, tecer algumas observações referentes à classificação desses direitos.

São inúmeras as propostas classificatórias dos direitos fundamentais, as quais partem dos mais variados critérios. Interessante para este trabalho é a classificação, sob a perspectiva da função, formulada por Sarlet, tributária das contribuições de Canotilho e, mais remotamente, nas de Jellinek²⁵.

Segundo a função preponderante, Sarlet distingue os direitos fundamentais em “direitos de defesa” (basicamente aqueles ligados ao ideário liberal, direitos de 1ª dimensão, tais como vida, liberdade, igualdade formal e propriedade) e “direitos a prestações”. Nesta última categoria, encontram-se os “direitos a prestações em sentido amplo” (direitos a prestações jurídicas ligadas ao exercício dos direitos de defesa, subdividindo-se em direitos à proteção e em direitos à participação na organização e procedimento) e os “direitos a prestações em sentido estrito” (direitos a prestações materiais, muitos deles vinculados aos direitos sociais, ou de 2ª dimensão, tais como educação, saúde, trabalho, etc., os quais voltam-se para o exercício real da liberdade e para a igualdade de fato)²⁶.

23 Cf. *idem*, 12, 48.

24 Um importante e pouco discutido tema é o da dimensão prestacional do direito de propriedade, para além dos já tradicionais institutos do usucapião ou da função social. Mesmo em um sistema de mercado e propriedade privada, a propriedade pode ser um instrumento útil para a diminuição da desigualdade social, constatando que uma das maiores causas da desigualdade é a falta de propriedade, John Rawls, com a ajuda de James Meade, formula uma proposta interessante chamada de “democracia dos cidadãos-proprietários”, pela qual seriam criados meios para que todos os indivíduos adquirissem propriedades (Cf. VITA, Álvaro de. Uma concepção liberal igualitária de justiça distributiva. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, n. 39, p. 41-59, fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/cgi-bin/fbpe/fbtext?got=last&pid=S010269091999000100003&lng=en&nrm=iso>>. Acesso em: 10 mar. 2005. p. 51).

25 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 167-80.

26 Cf. *idem*, p. 178-80, 188-9. Deve-se ficar claro que os direitos sociais não se confundem com os prestacionais. Apesar de muitos direitos sociais serem também prestacionais, alguns possuem nítido caráter defensivo, como a proteção contra despedida arbitrária e proibição de diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Ver art. 7º, I e XX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Neste ponto, cabe trazer a constatação que faz Sen a respeito da necessidade de se compreender os direitos, quando de sua aplicação, não somente sob o ponto de vista das demandas éticas que traduzem, mas também sob o enfoque das obrigações (ou funções) que geram.

A partir dos estudos sobre moral de Kant, Sen apresenta a diferenciação entre “obrigações perfeitas” (*perfect obligations*), as quais prescrevem ações específicas, e “obrigações imperfeitas” (*imperfect obligations*), caracterizadas por indicarem apenas objetivos gerais²⁷.

Note-se que os conceitos de obrigações perfeitas e imperfeitas, utilizados por Sen, relacionam-se com os de “dimensão negativa” (defesa) ou “positiva” (prestações) dos direitos fundamentais usados por Sarlet²⁸. Considerando uma obrigação em abstrato, são as omissões (dimensão negativa) o núcleo das *perfect obligations*²⁹, vez que elas sempre se aplicam a todas as situações, e as ações (dimensão positiva) o centro das *imperfect obligations*, porquanto para estas não existe, em princípio, nenhuma regra que indique exatamente como alguém deve agir. Apesar desta distinção, para Sen, ambas as categorias de direitos possuem igual importância, de maneira que não é possível negligenciar a realização das obrigações imperfeitas apenas porque elas não são determináveis em abstrato³⁰.

Ato contínuo, Sen argumenta que mesmo os direitos liberais podem gerar um tipo de obrigação que seja imperfeita³¹, *i.e.*, todos os direitos, sem exceção, prescrevem obrigações tanto perfeitas quanto imperfeitas. É só imaginar, a partir da classificação dos direitos fundamentais, acima apresentada por Sarlet, os direitos de defesa clássicos (liberdades diversas (religiosa, de expressão, participação política, etc.), vida, propriedade) sem qualquer prestação em sentido amplo (prestações jurídicas de proteção e de direito de participação na organização e procedimento) ou em sentido estrito (prestações materiais). Sem qualquer violação a tais direitos, parece que eles logram ser usufruídos normalmente, mas e se eles forem violados? Ou se sofrerem ameaça de violação? Logo, vê-se que sem outras prestações (obrigações), tais como normativas, para o desestímulo a transgressões legais, e materiais, como a edificação de aparatos burocráticos representados nas estruturas das funções estatais (legislativa, executiva e judiciária), pouca coisa restaria para a garantia de tais direitos³².

27 Cf. SEN, Amartya Kumar. *Elements of a theory of human rights*, p. 346.

28 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 219. Impende destacar um detalhe importante: Sarlet admite que um direito fundamental *pode* abranger várias posições jurídicas, de maneira que um direito de defesa *pode* possuir uma dimensão positiva assim como um direito a prestação *pode* ter uma dimensão negativa. Sen possui pensamento semelhante, porém parece dar destaque maior ao fato de que a atribuição de vários tipos de obrigações de um direito vai depender dos consensos sociais a este respeito (Cf. SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*, p. 99, 134).

29 Interessante notar o grau de semelhança entre estas obrigações e a “condição de universalização” do libertarismo.

30 Cf. SEN, Amartya Kumar. *Elements of a theory of human rights*, p. 346.

31 Cf. *idem*, p. 346-8.

32 Alerta-se que, com tal argumento, não há intenção de desconsiderar a função importantíssima e intrínseca do reconhecimento, em sua dimensão negativa, dos direitos à vida, à liberdade e à igualdade.

3 SOBRE O ATRIBUTO DA AUTOAPLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Discussão importante para o estudo da fundamentalidade centra-se no atributo da autoaplicabilidade dos direitos fundamentais³³. Para a doutrina, a autoaplicabilidade é a característica de ser o direito fundamental plenamente aplicável (eficácia plena), sem a necessidade de intermediação legislativa³⁴. Sendo um direito plenamente eficaz, poderia ele ser deduzido em juízo como um direito subjetivo individual, pelo qual o juiz condena um destinatário a uma prestação específica. A partir desta definição, podemos identificar dois problemas relevantes.

O primeiro deles diz respeito à eficácia plena do direito. As seguintes perguntas são inevitáveis: quando um direito é plenamente eficaz? Seria quando fossem plenamente realizáveis todas as obrigações possíveis que dele podem derivar? Seria possível prever todas as obrigações que um direito pode gerar? Todas estas perguntas parecem difíceis de serem respondidas, mas fica claro que o atributo da autoaplicabilidade é algo, realmente, intangível se levarmos em conta a distinção que faz Sen entre *direitos* e *obrigações* vista acima. Abstratamente, nenhum direito é plenamente realizável, ainda mais se considerarmos as características das obrigações imperfeitas³⁵; assim, poderíamos dizer apenas que alguma obrigação de um direito seria autoaplicável, mas não que o próprio direito o seria.

O segundo problema concentra-se em torno de como saber se um direito necessita ou não de interposição legislativa para ser autoaplicável. Alguns autores entendem que um direito não é autoaplicável quando a norma que o define, expressamente, remete a sua concretização ao legislador³⁶ ou quando o direito não possui os elementos mínimos necessários para assegurar sua autoaplicabilidade³⁷. Para Sarlet, de outro lado, a autoaplicabilidade é somente qualificável no exame do caso concreto³⁸.

Não obstante esta ordem de problemas, é possível perceber, ao menos, que a autoaplicabilidade relaciona-se à possibilidade de definição, minimamente segura, de parte do objeto ou conteúdo do direito (obrigação). Como para a dimensão defensiva dos direitos fundamentais – considerando-se todos eles, sejam classificados como de defesa ou de prestação, segundo sua função

33 Aponta a doutrina os seguintes atributos dos direitos fundamentais: preexistência à ordem jurídica, imprescritibilidade, inalienabilidade, eficácia *erga omnes*, caráter absoluto e possibilidade de autoaplicação.

34 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 263-4.

35 Cf. SEN, Amartya Kumar. *Elements of a theory of human rights*, p. 348. Escreve Sen que “se a praticabilidade [*feasibility*] de se garantir completa e detalhadamente a realização de um direito fosse entendida como uma condição necessária de cogência de todo direito, então não apenas os direitos econômicos e sociais, mas também as liberdades, autonomias e até mesmo os direitos políticos deveriam ficar muito aquém de serem cogentes” (tradução livre) (p. 348). (“*If the current feasibility of guaranteeing complete and comprehensive fulfillment were made into a necessary condition for the cogency of every right, then not only economic and social rights, but also liberties, autonomies and even political rights may well fall far short of cogency*”).

36 O que talvez exigiria a interposição de mandando de injunção.

37 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 257.

38 Cf. *idem*, p. 264.

preponderante – o objeto sempre é uma omissão, aqui não há nenhuma dificuldade. O problema é a dimensão prestacional dos direitos.

Assinale-se que a doutrina já asseverou que o atributo da autoaplicabilidade não é um requisito para a fundamentalidade, mas sim o contrário: é a autoaplicabilidade consequência da fundamentalidade³⁹. Mas eis que surge uma contradição: reconhecido um direito como fundamental, como atribuir-lhe autoaplicabilidade se, como asseverou Sen, não é possível falar que um direito, em sua integralidade, é autoaplicável?

Tal fato poderia gerar, no mínimo, uma rediscussão do atributo da autoaplicabilidade. Para a perspectiva subjetiva dos direitos, uma alternativa seria admitir a garantia de um direito subjetivo individual a partir do atributo da prioridade, derivado, principalmente, dos princípios do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana. Quanto à perspectiva objetiva, vinculada aos direitos sociais inscritos em normas programáticas e afins, uma saída é a proposta de Sen dos meta-direitos, os quais prescrevem obrigações de políticas públicas voltadas para a realização dos direitos, pois, se os direitos não são totalmente autoaplicáveis, é necessário encontrar um modo de se garantir sua progressiva realização sem a perda de cogência.

CONCLUSÃO

Ao traçar um breve resumo das ideias desenvolvidas no texto, vê-se que este apontou, a partir dos estudos de Sen, para o fato de que os direitos fundamentais guardam em si concepções diferentes de Justiça, as quais, muitas vezes, entram em conflito, de maneira que não parece possível, a partir de um ponto de vista ético isolado, dizer que alguns direitos não seriam fundamentais.

Ato contínuo, verificou-se que não é possível dizer que seriam fundamentais somente os direitos de defesa ou de liberdade, pois esta, como aventado, não pode ser pensada sob uma ótica restritiva ou puramente formal.

Constatou-se, ademais, que os direitos são fundamentais não por escolhas arbitrárias ou por juízos de justiça parciais, mas sim porque reconhecidos a partir de uma conjugação entre pluralismo ético e deliberação democrática.

Estudou-se que, em virtude da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, um direito não pode ser considerado fundamental somente se for “negativo”. Assim, nem mesmo para os direitos de 1ª dimensão seria suficiente a omissão, pois para a sua salvaguarda são necessárias obrigações também de cunho prestacional (ou positivas).

39 Cf. GOUVÊA, Marco Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*, p. 249.

Por fim, concluiu-se que, também por razão desta multifuncionalidade, um direito não pode ser considerado totalmente autoaplicável, de maneira que se faz necessária a rediscussão do atributo da autoaplicabilidade pela doutrina.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, John M. Capabilities, human rights and moral pluralism. *The International Journal of Human Rights*, v. 8, n. 4, p. 451-469, Winter 2004. Disponível em: <<http://www.unipv.it/deontica/sen/papers/Alexander.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2007.
- BONAVIDES, Paulo. A teoria dos direitos fundamentais. In: _____. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- _____. Elements of a theory of human rights. In: *Philosophy and public affairs*, 32, 4, p. 315-356, Fall 2004. Disponível em: <<http://www.mit.edu/~shaslang/mprg/asenETHR.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2007.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES, António José Avelãs (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VITA, Álvaro de. Uma concepção liberal igualitária de justiça distributiva. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, n. 39, p. 41-59, fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/cgi-bin/fbpe/fbtext?got=last&pid=S010269091999000100003&lng=en&nrm=iso>>. Acesso em: 10 mar. 2005.
- VIZARD, Polly. The contributions of Professor Amartya Sen in the field of human rights. CASEpaper 91. London: Centre for analysis of social exclusion. London School of Economics, 2005. Disponível em: <<http://sticerd.lse.ac.uk/dps/case/cp/CASEpaper91.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2007.