2

Os Direitos Humanos/Fundamentais pelas Lentes da Teoria Da Capacitação.[173]

2.1

Indivisibilidade, Interdependência e Inter-relação de Direitos Fundamentais e a Teoria da Capacitação.

A concepção contemporânea de direitos humanos[174] lastreia-se em quatro pilares: universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação[175]. Essas adjetivações não são novas, vem sendo tema de debate inter e intra-nações desde a Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, sendo parte da construção de direitos humanos emergida a partir do pós-segunda guerra. Acontece que no final da década de 1940, menos de 50 países anuíram a estes valores, em 1993 na cerimônia de assinatura da Declaração e Programa de Ação de Viena este contingente tinha mais do que triplicado (171 países a assinaram).

Repetidas vezes é afirmado na literatura jurídica: os direitos humanos/fundamentais têm obtido centralidade no debate jurídico-político-social dos últimos 60 anos. Se isso é inconteste, não é incontestável o lugar ocupado por esses direitos, nem o modo de torná-los realidade. Com inúmeros debates

[173] No Brasil a tradução de Desenvolvimento como Liberdade e Sobre Ética e Economia por Laura Teixeira Mota e de Desigualdade Reexaminada por Ricardo Doninelli Mendes traduzem a expressão *capability* como capacidade. Acredito seja por isso que a maior parte dos teóricos brasileiros fale em capacidade e não em capacitação ou capabilidade. Acontece que Amartya Sen usa em seus textos duas expressões *capacity* e *capability* em diferentes sentidos. Portanto, não há como traduzi-las da mesma forma. Nesta tese, irei aderir a tradução realizada por Flávio Comim, o maior especialista brasileiro no assunto, redator do Relatório de Desenvolvimento Humano 2010 e de diversos estudos com base na teoria, dentre eles COMIM, F. V. ; BAGOLIN, I. ; PORTO JUNIOR, S. S. BENDER, Reisoli ; Picolotto, Volnei da. C. ; AVILA, R. . Pobreza enquanto Privação de *Capacitações*: Uma nova metodologia de mensuração aplicada no Município de Porto Alegre. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/observatorio/usu_doc/indicador_multidimensional.pdf> Acesso em 13.02.2010

[174] PIOVESAN, 2004, 47-9.

[175] O artigo completo expressa: 5Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais. (Art. 5. Declaração e Programa de Ação de Viena) Disponível em: <www.direitoshumanos.usp> e no original em: <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(symbol)/ a.conf.157.23.en> Acesso em 13.02.2010

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

sobre o poder simbólico do signo de direitos humanos[176], Boaventura Santos chega a perquirir se os direitos humanos seriam capazes de ocupar o vácuo deixado pelo ideal socialista e pelos projetos emancipatórios. Ele responde com a seguinte afirmação:

> A minha resposta é um sim muito condicional. Isso só será possível se for adaptada uma política de direitos humanos radicalmente diferentes da liberal hegemônica, e se tal política for concebida como parte de uma constelação mais ampla de lutas pela emancipação social.[177]

Não acredito que os direitos humanos possam substituir os objetivos do socialismo e dos projetos emancipatórios. Nessa visão há uma pressuposição de que os últimos se extinguiram. No entanto, esses projetos persistem no debate político e na teoria social.[178] Não com a proeminência do passado, mas ainda assim resistem e embasam discussões alternativas à globalização neoliberal. Assim, não vejo os direitos como substitutos de um processo emancipatório ou contra-hegemônico, mas sim como parte essencial de um projeto deste gênero. Porém, concordo com Boaventura quando ele aduz ser necessária uma releitura destes direitos. A pretensão de universalidade torna premente a inclusão de valores e visões díspares daqueles provenientes dos Estados liberais europeus nos quais a maior parte dos direitos formatou-se do modo hoje difundido.[179] A interconexão[180] entre estes direitos precisa ser operacionalizada. Aliado a isto, ainda está a necessidade de se afastar programas sociais e condutas assistencialistas executadas sob o manto da efetivação de direitos.

Vale ressaltar que os percursos históricos não se arquitetam pelos nomes dados aos processos, mas por contingências econômicas, sociais, ambientais, etc. Quando dos marcos normativos chaves dos direitos fundamentais na era moderna[181], conceitos que vinham sendo estabelecidos em forma de direitos nos últimos séculos na Europa[182] foram normatizados dentro dos Estados-nação.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

---

[176] Ver PANIKKAR, 2004, 205-238
[177] SANTOS, 2010, 5
[178] MÉSZÁROS, 2002. E LOSURDO, 1998.
[179] Amartya Sen, ao tratar da critica aos direitos humanos com base em sua origem européia, demonstra que tais valores também estiveram presentes em textos asiáticos tão ou mais antigos que certos debates ocidentais. Concordo que eles não são "exclusivos" do pensamento Europeu, mas não se pode desprezar que a moldura utilizada até se iniciar os debates sobre multiculturalismo era européia. Ver, por exemplo, SEN, 2009, 329-331.
[180] Uso o termo interconexão como resumo da idéia de indivisibilidade, interdependência e inter-relação.
[181] A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a Declaração dos Povos da Virginia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos(ambas de 1776).
[182] Mas que se baseiam em debates filosóficos refinados paulatinamente desde a Grécia, passando pelo renascimento europeu e iluminismo europeu. A influência do debate

Passaram então a ser parte essencial de um novo instituto que seria o símbolo do período: a Constituição.[183]

O exemplo foi sendo incorporado inicialmente pelos países ocidentais e num movimento mais recente também pelos orientais.[184] À época do fim a segunda guerra com o escancaramento das atrocidades cometidas[185], esse valores passaram a fazer parte da renovação do sistema internacional que se edificou sobre essas bandeiras criando instituições de grande repercussão como a Organização das Naçôes Unidas e a Organização dos Estados Americanos.

Se antes a influência surgiu dos Estados nacionais e se reverberou no plano internacional, as Constituições do período pós-segunda guerra, ao contrário, sofreram a influência desse momento histórico no qual não só tais valores haviam se internacionalizado, mas também a eles era concedido um *status* de primazia e juridicidade singular[186]. Cada vez mais a discussão deixava de se restringir a existência dos direitos humanos/fundamentais e sim ao modo de torná-los eficazes e efetivos.[187]

Nessa busca por concretude, os direitos foram repartidos em gerações, que os delineavam através de um suposto desenrolar histórico e agrupavam-nos de modo estanque, como se cada uma delas pudesse albergar direitos com características e modos de realização similares.[188]

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

---

europeu sob esses dois marcos normativos é provada e por isso o destaque a ela. É preciso dizer, no entanto, discussões similares existiam em sociedades não-ocidentais. Sobre isso ver:

[183] Constituição, democracia, separação de poderes e direitos fundamentais tem uma ligação histórica. Muito tem sido dito sobre o assunto e é desnecessário me alongar aqui sobre esse ponto. COMPARATO, 2005.

[184] Os direitos humanos já se tornaram um símbolo requerido através do qual os países se legitimam a receber status de "civilizado" e se capacitam a negociar no plano internacional. FIGUEIREDO, 2009 (no prelo).

[185] Não que atrocidades similares não tenham acontecido em tempos pregressos e, infelizmente, posteriores (veja-se: Darfur, Ruanda e tantos outros exemplos). Mas, foi a primeira vez que as pessoas tiveram de lidar com imagens fotografadas de uma violação de tal magnitude. Ver: SONTAG, 2003, 8 e ss.

[186] Não são poucas, as Constituições criadas no período. Às dos três países que trarão dados a esta tese correspondem a esse parâmetro a Constituição indiana é de 1950, a Constituição brasileira de 1988 e a Constituição sulafricana de 1996.

[187] O pensar sobre a realização dos direitos fundamentais gerou a necessidade de se tratar da realização jurídica e social dos direitos. Para tanto, o termo eficácia foi associado à realização jurídica e efetividade a concretização social. Maiores detalhes, ver: BARROSO, 1995, 79.

[188] Uma postura mais critica, indicando que a divisão não acarreta separação defende p uso da expressão dimensões e reforça serem elas permeáveis, pode ser encontrada em SARLET, 2003, 39 e ss.

Impossível, no entanto, situar em todas as sociedades, mesmo dentre as ocidentais, uma normatização linear. Cada sociedade com sua organização, história e diante dos *fatores reais de poder*[189] prevalentes no percurso, proveio um desenrolar específico aos direitos fundamentais[190]. Inclusive com avanços e retrocessos. Dentre as oito Constituições brasileiras[191], diversos direitos foram estabelecidos, negados em norma fundamental posterior e restabelecidos em sua sucessora.[192]

O surgimento sequencial dos direitos sugere que a própria ideia de direitos, e a própria cidadania, seriam um fenômeno histórico linear. O que é uma inverdade. Cada sociedade trouxe um desenrolar específico no qual passou a compor não só seus marcos normativos como torná-los minimamente realizáveis. O direito é um campo de disputa, no qual os *fatores reais de poder*[193] se confrontam continuamente.

O discurso prevalente que exalta Revolução Francesa e a Independência dos EUA como marcos da constitucionalização de direitos civis e políticos e estabelece mais de um século depois com a Revolução Russa e a Constituição Mexicana de 1917 o marco dos direitos sociais, negligencia as histórias particulares de cada sociedade. No Brasil, como aponta José Murilo de Carvalho houve inicialmente ênfase prevalente nos direito ao trabalho, que é um direito social, para só posteriormente haver consolidação de direitos civis e políticos já bastante difundidos noutros países.[194]

Uma observação similar pouco destacada é a de que os direitos fundamentais se estabeleceram nos limites dos Estados-nação e daí se ampliaram para a esfera internacional por acordos multilaterais entre estes Estados, os mais famosos deles intermediados pelas Nações Unidas. Desta forma, o padrão direitos humanos e direitos fundamentais detém uma base histórica comum. Assim, subdivisão entre direitos humanos e fundamentais se

[189] LASSALLE, 1985, 18 e ss.
[190] Nos Estados Unidos, local normalmente tido como primeira Constituição, tais direitos só se integraram mesmo ao corpo constitucional com o pacote de dez Emendas Constitucionais de 1791 e mesmo assim o movimento negro teve de aguardar quase dois séculos para ver sua demanda de igualdade materializada com o fim da doutrina "separados mais iguais" na década de 1960.
[191] Conto a Emenda Constitucional 01/69 como Constituição, pois nela fora estabelecida a abolição e modificação de inúmeros direitos fundamentais, o que é incompatível com o instituto de mera emenda.
[192] Ver: BONAVIDES, 2008.
[193] LASSALLE,1985.
[194] CARVALHO, 2001, 32 e ss.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

refere apenas ao lócus no qual se originam, pois os direitos humanos quando assumidos pelos Estados passam a constar do ordenamento jurídico interno.[195]

O lugar dos direitos humanos na contemporaneidade estabeleceu-se por um caminho espiralizado que quando identificado demonstra o quanto é supérflua a dicotomia direitos humanos e direitos fundamentais. As palavras trazem consigo um significado político que muitas vezes torna uma terminologia mais adequada que outra pelo peso ideológico ou a ancestralidade das idéias insertas em certos vocábulos. Porém, não considero esse o caso. Os direitos humanos e os fundamentais têm em si o mesmo conteúdo material.[196]

Tal divisão se baseia num critério meramente formal através do qual o lócus dos direitos humanos é estabelecido como sendo o plano internacional e os direitos fundamentais, o estado nacional. Num mundo com fronteiras cada dia mais permeáveis e com a exigibilidade de direitos crescente envolvendo os Estados-nação, a comunidade internacional, o setor empresarial e os demais indivíduos, essa leitura compartida enfraquece gradativamente seu sentido.

Gisele Citadino assume essa perspectiva quando usa-os como sinônimos sem sentir a necessidade de explicar o porquê.[197] Boaventura de Souza Santos adere tacitamente a esta desnecessidade de diferenciação quando usa as expressões direitos humanos "no lugar" de direitos fundamentais: "*A efetividade dos direitos humanos tem sido conquistada em processos políticos de âmbito nacional e por isso a fragilização do Estado-nação pode acarretar consigo a fragilização dos direitos humanos*".[198]

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

[195] Cada Estado tem regras próprias a acerca da hierarquia jurídica dos tratados de direitos humanos quando incorporados ao ordenamento interno. No Brasil, após intensa polêmica, a Emenda Constitucional 45/04 determinou que os tratados de direitos humanos se submetem ao mesmo trâmite legislativo das Emendas Constitucionais, após aprovado nesse processo passa a ter status constitucional. Reside ainda a polêmica para os tratados incorporados antes da EC 45/04, que em verdade correspondem à maior parte dos tratados de direito humanos da ONU e da OEA. Concordo que, pelo seu conteúdo material, tais normas independentemente do modo como se incorporaram ao ordenamento detém hierarquia constitucional. Remanesce entre os/as autores, a polêmica a qual também não foi equacionada pelo STF. Para mais, ver PIOVESAN, F. Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, 105-130, 2008. Para informações sobre o assunto na Índia e África do Sul, ver o art. 253 da Constituição Indiana e art. 231 da Constituição Sulafricana.

[196] PIOVESAN, 2004, 48.

[197] CITADINO, 2006, 107.

[198] SANTOS, 2010, 7.

A dicotomia entre direitos humanos e direitos fundamentais não só é desnecessária, como isola em diferentes arquétipos direitos materialmente idênticos e com uma história intrinsecamente conectada. Portanto, sinto-me confortável com uma utilização indiscriminada de uma ou outra expressão, bem como com a utilização constante de normativas do direito internacional dos direitos humanos para a fundamentação de pontos de vista em torno dos direitos fundamentais. Assim, tão somente em favor da harmonização do texto e com o objetivo de não criar mal-entendidos, usarei a alcunha direitos fundamentais.

Além disso, serei estrita com a utilização apenas de normas internacionais que foram ratificadas pelo país do qual estiver tratando. O motivo é simples: não quero enfraquecer meus argumentos com normas que poderiam ser vistas como desprovidas de força cogente.

Assim, não há dúvidas de que os parâmetros da universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação são aplicáveis tanto no plano internacional, quanto nacional. Diante dos limites fronteiriços do alcance de direitos fundamentais em cada país, a universalidade[199] representa que "*todos gozam dos direitos, das liberdades e das garantias constitucionalmente consagrados e estão sujeitos aos deveres estabelecidos na Constituição e na lei.*"[200] Difere do princípio da igualdade o qual significa que *"todos são iguais perante a Constituição e a lei e ninguém pode ser prejudicado, privilegiado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever"*[201], por motivo incompatível com os valores expressos nos direitos fundamentais assumidos.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

---

[199] No âmbito internacional, quanto à universalidade, não vou aderir a uma visão simplista que considera a discussão ultrapassada após a maior parte dos países hoje conhecidos terem aderido a Declaração e Programa de Ação de Viena. É claro que isso tem um peso simbólico inegável, mas meras normas não bastam para realizar direitos. Defendi em outra ocasião que os direitos humanos como símbolos já foram sim adotados nos discursos da maior parte das nações, porém transcender ao limite simbólico rumo a efetivação ainda exige muitos direitos e considerações que, a meu ver, se realizarão mais no plano da comunicação prática-teoria do que da pura teoria. Quanto mais a relação entre teórica e prática forem também dialógicas, mais profícuo será o debate.. Ver FIGUEIREDO, 2009, (no prelo). Sobre a tensão entre universalidade e multiculturalismo ver PANIKKAR, 2004, 205 e ss; SANTOS, 2010, 3 e ss; e SEN, 2209, 237 (nota).

[200] Essa é a definição do princípio da universalidade realizada pela mais nova Constituição mundial, a Constituição de Angola (art. 22), em vigor desde 15 de fevereiro de 2010, e me parece a mais acertada com os pressupostos desta tese.

[201] Art. 23 da Constituição Angolana, que se afigurou um bom exemplo por fazer expressamente essa diferenciação, ser a mais recente, ser pós-segunda guerra e compor um direito do sul por ser original de um país africano com realidade sócio-econômica similar aos aqui estudados.

Articular os outros três pilares com uma atuação concreta em prol da efetividade destes direitos, seja na esfera interna ou internacional, é uma tarefa mais árdua. [202] A teoria jurídica tem sido bastante concisa em suas análises, por vezes tratando quase que indiferenciadamente os três conceitos[203] e sem enfrentar os obstáculos práticos para sua realização.

A indivisibilidade, interdependência e inter-relação são articuladas expressamente pela Proclamação de Teerã (1968) e pela Declaração e Programa de Ação de Viena (1993).[204] O problema não é a indiferenciação em si, mas ao não diferençar cada um dos conceitos, propriedades são perdidas. Flávia Piovesan, em texto referente ao assunto, conceitua a indivisibilidade e dela deriva diretamente a interdependência e a inter-relação:

> Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos, culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada.[205]

Ou em outro texto:

> Vale dizer que a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível nos qual os direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si.[206]

---

[202] Winston destaca que inúmeros autores tem se proposto a tentar conciliar multiculturalismo com direitos humanos para tentar solver o dilema: universalidade *versus* mundo culturalmente diversificado. Menos atenção tem sido concedida aos debates em torno da indivisibilidade, interconexão e inter-relação. WINSTON, 1999, 2

[203] De modo expresso, a indivisibilidade apareceu pela primeira vez na Proclamação de Teerã (1968); a interdependência e a inter-relação, na Declaração e Programa de Ação de Viena. Mas, pelo modo como os direitos estavam dispostos na Declaração Universal, essa visão já vem sendo um reclamo de ativistas e estudiosos antes de se normatizarem.

[204] Ambas disponíveis na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP: www.direitoshumanos.usp.br

[205] PIOVESAN, 2004, 49.

[206] PIOVESAN, 2007, 136. Interessante notar que neste mesmo texto Flávia Piovesan conecta a noção de indivisibilidade dos direitos humanos com as construções teóricas de Amartya Sen citando um dos inúmeros trechos nos quais ele assevera ser a pobreza extrema a negação não só da liberdade econômica, mas também de outras liberdades essenciais ao ser humano. Porém, não se aprofunda na conjunção. A conexão entre a teoria da capacitação e os direitos humanos já existe, Sen e Nussbaum a mencionam, meu intuito é contribuir para melhor desvelá-la. Ao propor que a verdadeira liberdade só se efetiva a partir do aprimoramento da capacidade de agentes dos indivíduos de realizarem as escolhas de vida que têm razão para valorizar, Sen utiliza-se de funcionamentos nos quais estão necessariamente embutidos direitos humanos. Ver SEN, 1999, 8-10.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

A visualização da indivisibilidade através de exemplos nos quais se demonstra o quanto é essencial para o desfrute de um determinado direito a real efetivação de outro, tornou-se sua mais comum definição. Não há erro nisso. A ela já aderi inúmeras vezes. Reconheço o valor dessas exaltações, especialmente no datado período da Guerra Fria, no qual a divisão entre os direitos exaltava a rixa entre socialismo e capitalismo. Não foi à toa que, após quase 20 anos de contendas, os Pactos de Direitos da ONU[207] precisarem ser compartidos, pois alguns países só aceitavam se comprometer com os direitos civis e políticos e outros apenas com os econômicos, sociais e culturais. Hoje, é preciso ir além. A Declaração e Programa de Ação de Viena, com seu número expressivo de assinaturas é um dos pilares de uma concepção contemporânea de direitos fundamentais na qual qualquer proposta de divisão é inaceitável.

Entretanto, a separação entre direitos civis e sociais de um lado e direitos econômicos, sociais e culturais noutro pólo, não é apenas didática ou teórica. Pelo contrário, continua a representar muitas vezes tendências políticas dos governos que, em inúmeras passagens históricas e contemporâneas catalogáveis, levantam a bandeira do social e, ao fazê-los, justificam a necessidade momentânea de restrição de outros direitos, ou por exaltarem a "liberdade" negam direitos sociais. Com bem destaca José Ricardo Cunha e Vinicius Scarpin:

> A referida divisão dos direitos humanos em duas grandes classes – liberdade individuais, de um lado, e, do outro, igualdade econômica e social – não resiste a nenhum critério de razoabilidade. Isto porque a dignidade da pessoa humana não é invenção do legislador nem criação dos juristas, tendo o Direito apenas albergado tal idéia na forma normativa de princípio jurídico. A dignidade é, pois, um valor histórico-social; o valor sobre o qual se funda e legitima todo o ordenamento jurídico, seja no plano interno – constituição –, seja no plano externo – tratados de direitos humanos.[208]

Morton Emmanuel Winston, ao se propor a debater a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, identifica na indivisibilidade o conteúdo de não-discriminação e na interdependência a necessidade de fruição conjunta, veja-se:

> **Indivisibilidade** (def.) = Um sistema de direitos SR é dito como indivisível se, e apenas se, cada direito particular R que forma SR pertencer igualmente a todas as pessoas, e nenhum dos direitos particulares R que formam SR possa ser ignorado ou não implementado de forma efetiva sem causar danos ao nível geral de proteção de direitos usufruídos por todos. **Interdependência lógica:** R1 pode

[207] Em 1966, após quase vinte anos de negociação, as Nações Unidas decidiram propor dois pactos em separado: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
[208] SCARPIN e CUNHA, 2007, 72.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

> tornar R2 uma instância ou aplicação específica de um direito mais geral. **Interdependência funcional:** O usufruto efetivo (forte) de R1 requer a implementação de R2. Implementação (fraca) de R2 apóia R1 tornando violações de R1 menos prováveis.[209] (Tradução livre da autora. Grifos meus).

Winston identifica o princípio da não-discriminação como o representativo da indivisibilidade. Não vejo desse modo. A não-discriminação (arbitrária, preconceituosa) está tanto na universalidade quanto na igualdade, sendo, por conseguinte, parte essencial de qualquer leitura tendente a aplicar direitos fundamentais.

Acredito que, graficamente, é possível visualizar melhor essas três características através de um quebra-cabeça: a indivisibilidade é representada pela união das peças que estão coladas umas às outras; a interdependência por elas estarem acopladas; e a inter-relação pelas linhas serem permeáveis.[210]

Melhor explicando, com essa representação gráfica pretendo indicar uma definição que acredito torna os conceitos mais claramente delimitados. Neste ponto, o trecho inicial de famosa poesia barroca de Gregório de Matos também é bastante ilustrativa: *"O todo sem a parte não é todo/ A parte sem o todo não é parte/Mas se a parte o faz todo sendo parte/Não se diga que é parte, sendo todo".* [211]

Os direitos fundamentais são parte de um todo. A escolha por realçar alguns e desprezar outros é uma quebra indevida do todo, uma afronta a não-seletividade que lhe é constituinte. Acima, mostrei que Morton Winston asseverou ser impossível esta quebra. Gostaria de concordar com essa adjetivação, mas desprezar a realidade não favorece a realização de direitos. Possível é. O uso seletivo dos direitos humanos é uma prática corrente. Pode-se dizer que atuações fragmentadas são um engodo, não se propõem à realização dos direitos e sim a dissimular sua observância e aparentar um respeito ao Estado de Direito que na verdade é inexistente.

---

[209] **Indivisibility (def) =** A system of rights SR is said to be indivisible if and only if each of the particular rights R comprising SR belongs equally to all persons, and none of the particular rights R comprising SR can be ignored or not effectively implemented without damaging the overall level of protection of rights enjoyed by right-holders. Logical Interdependence: R1 may entail R2 as being a specific instance or application of a more general right. Functional Interdependence: (strong) effective enjoyment of R1 requires the implementation of R2. (weak) implementation of R2 supports R1 by making violations of R1 less likely. WINSTON, 1999, 6-8

[210] Ver graficamente no Apêndice 04.

[211] Disponível em: <http://www.vidaempoesia.com.br/gregoriodematos.htm> Acesso em; 07.07.10

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

A interdependência também se refere ao todo, mas nela olha-se para esse todo por dentro, buscando as comunicações a partir das sujeições de uns direitos sobre os outros reciprocamente. O direito à saúde não depende do direito à educação simplesmente por ambos serem parte de um catálogo geral de direitos humanos. O direito à saúde depende do direito à educação, porque quanto maior educação as pessoas têm, mas lhes são fornecidos dados sobre como manter condições higiênicas adequadas e se prevenir de doenças evitáveis. Em reverso, quanto melhores as condições de saúde, mais as pessoas terão condições de educar-se. Posso dizer que concordo com a definição de interdependência funcional forte definida por Winston.

Já a inter-relação, acredito, pode ser lida a partir do conceito de interdependência funcional fraca antes apresentado. A inter-relação reforça a interdependência na medida em que um determinado direito permite ao seu destinatário se posicionar melhor socialmente em busca de outros direitos. Quando digo que ter um corpo e uma mente sã me permitem buscar maiores graus educacionais, estou tratando de uma relação de dependência. No entanto, quando afirmo que o ter saúde me permite lutar por uma maior qualidade da educação para mim ou para outrem, estou tratando da inter-relação entre os direitos.

Esses paradigmas estão, ainda que sob outra roupagem, na teoria da capacitação, quando Sen afirma: "*Diferentes tipos de liberdade se inter-relacionam umas com as outras, e qualquer tipo de liberdade pode ser de grande ajuda em avançar outros tipos de liberdade."*[212] (Tradução livre da autora)

Ou quando ele lista cinco liberdades instrumentais necessárias para se assegurar a agência - liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantia de transparência e segurança protetora - e afirma *"essas liberdades instrumentais tendem a contribuir para a capacitação geral de uma pessoa de viver de forma mais livre,* ***mas também serve para complementar uma a outra****".*[213] (Tradução livre da autora. Grifos meus).

Enfim, os direitos fundamentais são parte de um conjunto que pode ser inflado com mais conteúdo, mas não pode ser retraído, dependem um do outro

[212] "Different kinds of freedom interrelate with one another, and freedom of one type may greatly help in advancing freedom of other types". SEN, 1999, 37. (Tradução livre da autora)

[213] "These instrumental freedoms tend to contribute to the general capability of a person to live more freely, but they also serve to complement one another**"**. SEN, 1999, 38.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

para a efetivação do estado democrático de direito e o desfrute de um permite a exigibilidade de outro.[214] Abaixo trago uma passagem de uma palestra de Amartya Sen que traz um lampejo dessa idéia que, como demonstrarei, está mais aprofunda por ele na moldura teórica da abordagem da capacitação. Nesse trecho ele fala em necessidades, porém pelo conteúdo da palestra e especialmente por todo o que será apresentado logo a seguir, é fácil se visualizar que essas necessidades poderiam ser lidas como direitos prestacionais. Até porque é preciso já neste ponto expor que a conversão de necessidades em direitos pelos indivíduos é um exercício que faz parte da formação da capacidade de agente que é adquirida paulatinamente com o desfrute seqüencial de direitos fundamentais.

> O incentivo e funções informativas dos direitos políticos na promoção da satisfação das necessidades percebidas, portanto, fundisse com seu papel em dar forma à nossa compreensão da natureza das necessidades, incluindo as necessidades econômicas. As interdependências, enquanto instrumentalmente importantes, vão bem além deles. Não significa apenas que os direitos políticos possam ajudar nas necessidades exógenas identificadas; eles também tem um importante papel na própria formação das necessidades. A importância da participação como parte de um sistema social apenas vai muito além de disponibilizar meios para determinados fins. Direitos políticos são fundamentais para que essa participação.[215] (tradução livre da autora).

A importância de destrinchar o que cada um dos conceitos transmite se dá pela necessidade de entender o que significa essa interconexão entre os direitos humanos. Estivessem todos esses significados insertos na interpretação do princípio da indivisibilidade, teriam a mesma valia de estarem expostos por três nomenclaturas. O importante não é nome pelo qual atendem[216] mas o conteúdo, qual seja direitos fundamentais são: a) parte de um rol uno inquebrantável; b) dependentes entre si (a fruição de um permite a fruição do outro); c) aprimoráveis pela fruição interligada (quanto mais acesso a quaisquer dos

[214] O §2(?) da Constituição brasileira expressamente aduz ser o catalogo de df´s presente na Carta ampliável e o art. 60 §4, IV(?) proíbe a abolição destas direitos reconhecendo-as como clausulas pétreas.

[215] The incentive and informational functions of political rights in promoting the fulfillment of perceived needs, thus, merge with their role in giving form to our understanding of the nature of needs, including economic needs. The interdependences, while instrumentally important, go well beyond them. It is not just that political rights can help the fulfillment of exogenously identified needs; they also have an important role in the conceptualization of needs themselves. The importance of participation as a part of a just social system goes much beyond providing fine means for given ends. Political rights are central to such participation. SEN, 1994, 11.

[216] Ver importante texto de Humberto Ávila no qual trata de princípios e normas jurídicas e afirma que a partir de apenas um dispositivo é possível se construir diversas normas. AVILA, 2009, 22.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

direitos, mais consciência sobre direitos e mais possibilidade de se lutar por eles).

Como dito, a mencionada interconexão é objeto de tensão constante. Na prática, valorar intensamente um direito é um modo de encobrir a não-realização de outros. Até as tendências políticas "legitimam" a divisão: tendências de direita são conectadas à liberdade e tendências de esquerda são conectadas ao "social". A antiga contenda entre o capitalismo e socialismo se projeta no plano micro numa miríade de debates nos quais direitos civis e políticos são lançados para um lado e direitos sociais para outro, enquanto aqueles direitos que não são engavetados em nenhuma destas expressões permanecem num limbo jurídico-normativo.

É essencial para assegurar que esta interconexão se transplante do plano teórico para a realidade a mediação de um Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais (SGDF)[217] formado pelo Estado e pela sociedade nas suas mais diversas e plurais expressões (indivíduos, grupos, organizações, etc).

É imprescindível também que se visualize a interconexão entre os direitos fundamentais a partir de um substrato teórico no qual se discuta o solapamento das injustiças. Se fosse possível iniciar uma sociedade do zero, as soluções poderiam ser extremamente diversas. Entretanto, a interconexão entre os direitos tem de ocorrer em sociedades nas quais o desfrute destes direitos é desigual e essa desigualdade não é forjada ao acaso, mas através de processos volitivos de diferenciação entre as pessoas com base em classe social, gênero, raça/etnia, religião, e tantos outros parâmetros socialmente selecionados.

Considerando que repensar a interconexão entre os direitos fundamentais exige um esforço teórico que considere o solapamento de injustiças e a tensão provocada por escolhas sociais discriminatórias, uni o debate de Nancy Fraser à teoria da capacitação defendida por Amartya Sen e Marta Nussbaum. Destaco que meu intuito não é dissecar (ou exaltar) tais teorias. Irei narrar aportes teóricos e debates trazidos por estes autores apenas na medida em que forem de interesse deste debate.

Minha pretensão é unir conceitos de uma e outra abordagem, acreditando que, assim, possa existir um auxílio mútuo entre os marcos teóricos indicados. Rejeito ao máximo possível respostas peremptórias. Minha defesa não se refere a atribuir estas teorias como único substrato teórico capaz de racionalizar os

[217] Construí a proposta de um sistema de Garantia de Direitos Fundamentais que será definida no Capítulo IV.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

parâmetros da indivisibilidade, interdependência e inter-relação. Entretanto, acredito na existência de uma conexão orgânica entre elas e esses propriedades que melhor aproveitada pode beneficiar a ambos.

A teoria da capacitação entrelaça-se com a teoria dos direitos fundamentais de forma extremamente pacifica. Polly Vizard afirma que a teoria da capacitação de Amartya Sen,

> Tem feito uma contribuição maior para o desenvolvimento de novos paradigmas e abordagens que focam na pobreza global e nos direitos humanos, e promoveu enriquecimento mutuo interdisciplinar e integração teórica nesses assuntos entre ética, economia e normas internacionais de direitos de humanos.[218]

Do modo colocado pela autora, por vezes parece que a teoria da capacitação carreou esse debate. Não é bem assim. Os aspectos da pobreza como violação de direitos humanos já vinham sendo assim assumidos desde a Declaração Universal e foram se ampliando no decorrer do tempo. A própria questão da fome já estava nos debates desde a década de 1940, quando Josué de Castro lançou o famoso livro Geografia da Fome, no qual dissecava o problema no Nordeste brasileiro, demonstrando ser ele derivado da estrutura socioeconômica e não de fatores naturais.[219] Com seu estudo, tornou-se embaixador na ONU e passou a realizar tal debate na será internacional. Âmbito no qual já foi fundada em 1945 a agência da ONU com incumbência de lutar contra a fome, a *Food and Agriculture Organization* (FAO).

No entanto, é inegável que a teoria da capacitação tem sido um contributo essencial para o desenvolvimento de programas e análises nas quais se visualizam os direitos humanos a partir de uma concepção interconexa, especialmente, nos Relatórios do PNUD e na *accountability* realizada por este órgão em prol das Metas do Milênio. *"O trabalho de Sen em ética e economia tem emergido com uma influência chave no debate internacional sobre pobreza global e direitos humanos, e aprofundou e expandiu o pensamento teórico sobre este questão em importante e inovadores caminhos."*[220]

Em 1998, o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) integrou em sua política os direitos humanos ao

---

[218] "Has made a major contribution to the development of new paradigms and approaches that focus on global poverty and human rights, and has promoted interdisciplinary cross-fertilization and theoretical integration one these subjects between ethics, economics, and international human rights law." VIZARD, 2005, 1.

[219] CASTRO, 2001, 271.

[220] "Sen's work in ethics and economics has emerged as a key influence on international debates about global poverty and human rights, and has deepened and expanded theoretical thinking about this issue in important and innovative ways."

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

desenvolvimento humano através de paradigma denominado *human rights based approach*, que tem sido constantemente associado com a teoria da capacitação. Através desse paradigma entende ser possível promover a transformação social empoderando as pessoas através de ações que oportunizem a elas usar sua voz e sua agência, bem como, transladar os princípios da normativa internacional em ações concretas. Na prática, a aplicação do *human rights-based approach* influencia o programa do PNUD em quatro pontos:

> 1. *Em primeiro lugar,* os/as funcionários/as do programa e os/as formuladores/as de políticas refletem sobre o *porquê* e o *como* de suas ações indo além da questão sobre o que deve ser feito; 2 • *Em segundo lugar*, a legitimidade global dos direitos humanos fornece um ponto de partida objetivo para o diálogo e as discussões com o governo, as pessoas e parceiros/as externos/as; 3 • *Em terceiro lugar,* ajuda os/as formuladores/as de políticas e os cidadãos/ãs a reconhecer a dinâmica de força do processo de desenvolvimento; 4 • *Em quarto lugar*, a estrutura de accountability perseguida através de uma abordagem baseada nos direitos humanos facilita o desenvolvimento de pontos de referência quantitativos e qualitativos e indicadores para medir o progresso no planejamento do desenvolvimento e execução.[221] (tradução livre da autora/grifos do original)

Há grande influência da teoria da capacitação nesta concepção do PNUD. Entretanto, como afirmam Paul Gready e Jonathan Ensor em livro dedicado a debater o *human rights based approach* (HRBA):

> Ao situar as idéias de Sen com uma continuidade de pensamentos em matéria de direitos e desenvolvimento, é possível ver a emergência eventual do *rights based approach* como um produto de uma evolução no pensamento e não o resultado de uma revolução promovida pelo trabalho de um indivíduo.[222]

É isso, autores que desenvolvem o *human rights based approach* não o assumem como uma materialização da teoria da capacitação, o tem como referência assim como possui outras referências e construções próprias. Além disso, os debates em torno desse tema têm se colocado mais na seara de sua aplicação prática sobre os programas que vem sendo executados do que no campo da discussão teórica. Assim, para analisá-lo precisaria conhecer e

[221] 1. *First*, it forces programme staff and policy-makers to reflect upon the ***why*** and ***how*** of their actions beyond the questions of ***what*** should be done; 2. *Second*, the global legitimacy of human rights provides an objective starting point for dialogue and discussions with government, the people and external partners; 3.• *Third*, it helps policy-makers and citizens to recognise the power dynamics of the development process; and 4.• *Fourth*, the accountability structure pursued through a human rights-based approach facilitates the development of quantitative and qualitative benchmarks and indicators for measuring progress in development planning and delivery. UNDP 2005, 15.

[222] by situating Sen's ideas with a continuum of thought relating rights and development it is possible to see the eventual emergence of rights based approach as a product of an evolution in thinking rather than the result of a revolution instigated by the work of one individual GREADY e ENSOR, 2005, 19.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

sopesar os programas através dos quais o HRBA é executado e isso não está dentre os objetivos desta tese.

Acredito que, numa análise percuciente da teoria da capacitação, é visível sua contribuição tanto em termos de debates éticos quanto econômicos para uma perspectiva de direitos humanos como defende Vizard. Em um box bastante esclarecedor, a autora expõe essa contribuição, transcrevo aqui uma versão traduzida:[223]

A Contribuição de Amartya Sen no tema de Direitos Humanos

Liberdades Substantivas Individuais como Foco Primário de Exercícios Avaliativos concernentes Interesses Humanos Básicos em Ética e Economia.

Contribuições de Sen na Ética	Contribuições de Sen na Economia
Critica a molduras éticas baseadas em outros focos informacionais como utilidade, liberdade formal, bens primários.	Critica as abordagens econômicas teóricas e empíricas com foco na re*n*da ou na utilidade.
↑	↑
Elucidação de uma classe de direitos e liberdades humanas (e associadas o obrigações) que focam-se nas coisas valorosas que uma pessoa pode ser ou fazer.	Desenvolvimento de uma abordagem econômica centrada na liberdade que leva em conta diretamente as coisas que uma pessoa pode e consegue obter.
↑	↑
Suporte pela admissibilidade da pobreza, fome e inanição como condições de restrição da liberdade.	Suporte para uma intrínseca e instrumental avaliação de liberdades fundamentais e direitos humanos na análise econômica.

↑ ↑

Vizard destaca ainda que *"o relacionamento tripartite entre direitos, liberdades e obrigações que caracterizam diversas teorias políticas e éticas é mediado na moldura conceitual de Sen pela idéia de capacitação. Essa abordagem suporta a valorização das liberdades negativas e positivas"*,[224] assim todos esses vértices comunicam-se reciprocamente.

[223] Em respeito a autoria, a versão original encontra-se escaneada no anexo 01.
[224] VIZZARD, 2005, 71. the tripartite relationship between freedoms, rights and obligations that caracterizes many ethical and political theories ins mediated in Senś

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

Até a publicação de seu último livro, *The Idea of Justice*, Amartya Sen vinha explorando o tema dos direitos humanos[225] de modo expresso apenas incidentalmente em seus textos. No entanto, uma análise acurada de seus postulados seria capaz de apreender os conceitos de direitos humanos de modo freqüente na base estrutural da teoria. Nussbaum traz mais exemplos nos quais fala em direitos fundamentais, expressa diversos deles em sua lista de capacitações centrais, bem como chega a categoricamente afirmar:

> Eu acredito que o processo, e a lista, podem juntar um acordo de trocas culturais amplo, similar ao acordo internacional que trata de direitos humanos básicos. Certamente, a abordagem de capacitações é, na minha opinião, uma espécie de abordagem de direitos humanos, e direitos humanos são constantemente ligados, de forma similar, à idéia de dignidade humana.[226]

Ela visualiza a teoria da capacitação como parte de uma abordagem de direitos fundamentais. Mas, não explora o lócus no qual estariam tais direitos na teoria. Seriam eles partes dos funcionamentos? Ou seriam os próprios funcionamentos? Ou estariam no espectro das capacitações? Não encontrei resposta em seus escritos.

Em *The Idea of Justice*, Sen dedica um Capítulo ao tema. No entanto, detecto nestes escritos mais uma tomada de posição em relação a alguns pontos do debate sobre direitos fundamentais do que exatamente conectá-los a teoria da capacitação.

Primeiramente ele defende os direitos humanos em termos de padrões éticos aos quais as sociedades devem estar adstritas independentemente da existência de normas cogentes a esse respeito. Destaca, para exemplificar seu ponto de vista, o papel de organizações como *Médico Sem Fronteiras* e *Human Rights Watch*, as quais sem necessariamente usar da coercitividade imposta por determinada legislação, realizam direitos humanos. Esse tipo de debate tem hoje restrito espaço e importância, pois a maior parte das sociedades possui normas de direitos fundamentais. De acordo com levantamento do PNUD, todos os

---

conceptual framework by the idea of capability. This approach supports the valuation of both negative and positive freedoms.

[225] Como anteriormente exposto nesta tese, uso a alcunha direitos fundamentais com o objetivo de padronizar o texto, embora considere-a expressão sinônima a direitos humanos. Quando me refiro neste ou noutros pontos a partir da alcunha direitos humanos é por estar fazendo uma referência a determinado/a autor/a e no texto deste/a estar presente a expressão direitos humanos. Por respeito ao original, a mantenho em minha fala nessas ocasiões.

[226] "I believe that the process, and the list, can gather broad cross-cultural agreement, similar to the international agreements that have been reached concerning basic human rights. Indeed, the capabilities approach is, in my view, one species of human rights approach, and human rights have often been linked in a similar way to the idea of human dignity" NUSSBAUM, 2007, 78

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

Estados assinaram ao menos uma declaração de direitos humanos da ONU e 80% assinaram quatro ou mais.[227] No que concerne a esta tese, Índia, Brasil e África do Sul reconhecem inúmeros tratados internacionais e trazem um extenso rol de direitos em suas Constituições.

O momento no qual Sen faz uma ligação mais evidente entre pressupostos da teoria da capacitação e direitos humanos ocorre quando ele conecta os dh's à uma noção de liberdade. O modo como ele coloca o argumento me parece indicar que certas capacitações poderiam ser vistas como direitos humanos. Embora isso não tenha ficado completamente claro para mim.

> Para uma liberdade ser incluída como parte de um direito humano, é evidente que deve ser suficientemente importante para justificar que se preste muita atenção a ela. Deve haver algumas condições iniciais de relevância, incluindo a importância da liberdade e da possibilidade de influenciar a sua realização, pois a figura plausível dentro do espectro dos direitos humanos. (...) Obviamente, podemos ter debates sobre como os princípios de relevância devem ser determinados e, se um particular a liberdade cruza esse limite ou não. A análise dos princípios relacionados com a gravidade e relevância social das liberdades particulares têm um lugar significativo na avaliação dos direitos humanos. A possibilidade de desacordo sempre existe nos pronunciamentos sobre direitos humanos e a análise crítica é parte do que pode ser chamada de disciplina de direitos humanos. Na verdade, mesmo a viabilidade de créditos sobre os direitos humanos, que será discutido hoje, está intimamente ligada com o escrutínio imparcial.[228] (tradução livre da autora).

Logo após ele retoma a idéia de liberdade como processo e como fim e afirma que ambos os processos e as oportunidades podem figurar como direitos humanos.[229] Em seqüência ele toma parte na discussão acerca de direitos sociais serem ou não direitos humanos.

> A inclusão de direitos de segunda geração torna possível integrar questões éticas sublinhando idéias gerais de desenvolvimento global com demandas de democracia deliberativa, ambas as quais conectas com direitos humanos e muitas vezes com um entendimento sobre a importância de se avançar as capacitações humanas.[230] (tradução livre da autora)

---

[227] UNDP, 2005, 9

[228] For a freedom to be include as a part of a human right, it clearly must be important enough to provide reasons for others to pay serious attention to it. There must be some 'threshold conditions' of relevance, including the importance of the freedom and the possibility of influencing its realization, for it to plausibly figure within the spectrum of human rights. (…) Obviously, we can have debates on how the threshold of relevance should be determined, and on whether a particular freedom crosses that threshold or not. The analyses of thresholds, related to the seriousness and social relevance of particular freedoms, has a significant place in the assessment of human rights. The possibility of disagreement always exists in pronouncements about human rights, and critical examination is part of what can be called the discipline of human rights. Indeed, even the viability of claims about human rights, which will be discussed presently, is closely linked with impartial scrutiny.SEN, 2009, 367 e 370.

[229] SEN, 2009, 371.

[230] The inclusion of second-generation rights makes it possible to integrate ethical issues underlying general ideas of global development with the demands of deliberative

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

Mesmo considerando que o posicionamento dele é favorável ao reconhecimento destes direitos, não vejo o lugar desse debate. Ora, quando se trata de países nos quais não há o reconhecimento destes constitucionalmente, faz sentido debater sobre a fundamentalidade dos mesmos. Ou até, sobre o caráter de direito humano destes direitos em países que não reconhecem qualquer tratado composto por direitos sociais. No entanto, debater de forma genérica se são ou não direitos humanos, não me parece fazer sentido ante as inúmeras normas internacionais relativas ao tema.

Ademais, o próprio Sen defende como dito acima que os direitos humanos independem da existência de normas. Se faz presente em sua obra uma constante valorização de funcionamentos que tem em sua base direitos sociais (estar bem nutrido, direito à alimentação, ter corpo e mente sãos, direito à saúde, e.g.). É patente o intuito de valorizá-los nesta abordagem, porém não posso deixar de notar esse ponto como despiciendo.

Como se demonstra nessa breve explanação, a valorização dos direitos humanos por Sen e Nussbaum é manifesta e como será demonstrado em todo o texto esses direitos lastreiam grande parte da teoria. No entanto, a posição que ocupam dentro da abordagem da capacitação ainda não se apresenta, a meu ver, complemente esclarecida.

Isso de modo algum desabona o debate realizado por estes autores, apenas demonstra que a teoria está em permanente reconstrução como acredito é do próprio interesse de ambos. Se, ao fim, puder ter trazido um contributo a comunicação entre direitos fundamentais e a teoria da capacitação, terei cumprido um de meus objetivos nesta tese.

2.2

O Mínimo Existencial e a Teoria da Capacitação.

Os direitos sociais não devem ser desencaixados do todo, nem tampouco terem considerado seu fundamento de justiciabilidade apenas num núcleo essencial mensurado a partir da dignidade humana conhecido no Brasil como mínimo existencial.

Por todas as polêmicas incidentes em torno do tema direitos sociais, preciso sublinhar certas ressalvas antes de explorar o tema. Em todos os

---

democracy, both of which connect with human rights and quite often with an understanding of the importance of advancing human capabilities. SEN, 2009, 381.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

momentos que trato dos direitos fundamentais nesta tese considero estar incluindo na expressão direitos fundamentais também os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Na visão jurídica tradicional se costuma dividir os direitos fundamentais em direitos positivos e negativos. Os negativos seriam os direitos de liberdade (civis e políticos) e os positivos os direitos de igualdade (desca's). Contemporaneamente, se demonstrou inadequada essa divisão, pois todos os direitos fundamentais têm duplo caráter, ou seja, necessitaram de abstenções do Estado e de prestações.[231] O direito ao voto implica que o Estado se abstenha de interferir em quem irei votar, inclusive se omitindo de interferir na liberdade de imprensa, mas obrigada também que se criem condições para o desenrolar adequado do pleito eleitoral. O direito à saúde implica que o Estado atual para a prevenção de doenças e a promoção da saúde, mas também determina que o Estado se abstenha de praticar atividades poluidoras e contrárias a saúde em geral da população. Como se vê, nesses simplórios exemplos não apenas o caráter dos direitos fundamentais não é tão delimitado, quanto a interconexão defendida acima está sempre presente. O Ministro Gilmar Mendes suscintamente ressaltou esse duplo caráter em recente voto:

> Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdade individuais,. Impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direito de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização.[232]

O ponto final desse voto será trabalhado no Capítulo 05, importa agora destacar que todos os direitos fundamentais demandam omissões e ações, gerando, em conseqüência gastos para o poder público. Desta forma, trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais em seu caráter omissivo e em seu caráter prestacional. No entanto, os/as autores/as ao realizar a defesa dos mínimos existenciais utilizam ainda, inúmeras vezes, a distinção direitos civis e políticos de um lado e direitos sociais de outro. Espero conseguir de modo claro trabalhar dentro da perspectiva que assumi aqui e apenas utilizar a expressão direitos sociais nesse sentido clássico quando em referência à textos que assim o utilizem.

Por a teoria da capacitação entender a pobreza como privações de capacitações básicas, é possível se gerar uma suposição errônea ante uma

[231] Ver CUNHA E SCARPIN, 2007, 12-7.
[232] STA 175, 17/03/2010.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

leitura apressada da teoria de que há nos traçados de Sen e Nussbaum a defesa de um mínimo existencial. No entanto, essa perspectiva é totalmente incompatível com os pressupostos defendidos por esses/as autores/as. Portanto, os direitos fundamentais, em seu caráter omissivo ou prestacional, quando se inserem na perspectiva da teoria da capacitação são recepcionados em sua inteireza. Ainda assim, para evitar qualquer engodo, farei um breve explanar sobre este ponto.

Amartya Sen jamais apresentou uma lista de capacitações (liberdades) básicas. Listas atam e a teoria das capacitações se lastreia em liberdade. Nussbaum parece discordar. Para ela, uma lista bastante ampla, aberta e formada após intensas discussões pode assegurar maior efetividade à teoria.[233]

Em sua primeira apresentação pública da abordagem, em 1979, Sen expressou a necessidade de se prover igualdade de capacitações básicas. Em sua argumentação já trazia o debate com Rawls e os utilitaristas.[234] Os bens primários advogados por Rawls geravam uma teoria fetichista, como a se apenas a oferta daqueles recursos fossem capazes de prover justiça social. A concepção utilitarista, por outro lado, se voltaria a verificar a incidência desses bens sobre os seres humanos, mas o faria através da verificação de métricas mentais.[235]

A teoria apresentada e defendida por Sen propunha um foco não em bens, mas nos "seres e fazeres" (funcionamentos) e a avaliaria a justiça social por meio das capacitações humanas. Por isso, para ele, o principal seria garantir a igualdade de capacitações básicas para eliminação da pobreza. Ainda assim, não as elencava. Essa, me parece, permaneceu sendo sua opção: nada de listas.

Quanto à igualdade de capacitações básicas, ele não trata especificamente deste tema em *The Idea of Justice.* Apenas demonstra que persiste discordando da pobreza como privação de renda e a considera como privação de capacitações básicas (ser livre da fome, ser livre da morte prematura evitável, etc). Como a pobreza em si é um mal repetidamente referenciado por ele, parece-me presumível que o autor permanece defendendo tal igualdade de capacitações básica. Agora, passado o nível da pobreza, Sen não defende a igualdade de capacitações como algo absoluto como visto páginas acima.

[233] NUSSBAUM, 2006, 75-7.
[234] Esses debates serão melhor trabalhados no próximo capítulo.
[235] SEN, 1979, 24-5.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

Ele provém constantes exemplos, sem determinar um rol fechado. As variáveis mensuradas no IDH são pistas.[236] Mas, não fecham a questão. As bases do auto-respeito não estão inclusas no IDH e é uma capacitação básica reiteradamente citada pelo autor. O uso contumaz de exemplos drásticos como morte prematura e fome também. A variedade de liberdades essenciais é bastante ampla.[237]

A conversão dos funcionamentos em capacitações é influenciada por várias contingências, que devem ser levadas em consideração para a determinação do rol de capacitações básicas.

Sen defende as capacitações básicas como a métrica definidora de pobreza, ou seja, pobreza se define como a privação de capacitações básicas. A renda é instrumentalmente importante para a obtenção de capacitações, portanto, deve ser um dado em voga. Mas não é intrinsecamente importante. Sen costuma usar o exemplo de pessoas pobres nos Estados Unidos que podem ter uma renda muito maior do que outras pessoas pobres na Índia, mas diante de situações como violência urbana, têm uma predisposição maior à morte prematura.[238]

A existência ou não de um elenco de capacitações essenciais é um dos pontos centrais de desacordo entre Nussbaum e Sen. Ele assume a importância do debate travado com ela ao longo dos anos, admite que a incorporação de conceitos aristotélicos e marxistas à teoria se deve em grande medida a eles. Neste ponto, no entanto, eles cindem.

Nussbaum categoriza as capacitações básicas como as habilidades inatas aos seres humanos independente de qualquer interferência externa (a capacitação de aprender, por ex.), veja-se:

> Existem capacitações básicas, o equipamento nato de indivíduos que é a necessidade básica para o desenvolvimento de capacitações avançadas, e preocupações morais. Essas capacitações estão mais ou menos prontas para funcionar: a capacitação de ver e ouvir costuma ser assim. Mais freqüentemente, eles são rudimentares, e não podem ser convertidos diretamente em funcionamentos. (…) Existem capacitações internas: isso quer dizer, estados desenvolvidos que são eles mesmos, ao que concerne a pessoa, condições suficientes para o exercício dos funcionamentos básicos. Diferente das capacitações básicas, esses estados são condições de prontidão. (…) (uma pessoa se torna capaz de exercer o funcionamento sexual simplemente por crescer.).[239]

[236] Não se pode esquecer que Amartya é um dos artífices desse índice juntamente com Mahbub ul Haq.
[237] SEN, 1999, 184 e ss.
[238] SEN, 1999, 87.
[239] "There are basic capabilities, the innate equipment of individuals that is necessary basis for developing the more advanced that is necessary basis for developing the more

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

A espécie correspondente ao debate sobre capacitações básicas proposto por Sen é nomeada por Nussbaum de capacitações humanas centrais: "*Eu identifico uma lista de capacitações humanas centrais argumentando que todas estão implícitas na idéia de vida que merece dignidade humana*".[240] (tradução livre da autora). Ela adverte que sua lista se estabelece no contexto de uma sociedade liberal e pluralista. As capacitações inclusas são vistas como objetivos políticos e libertas de qualquer base metafísica:[241]

(1). **vida:** e.g., evitar mortes prematuras e vidas sem a preservação da dignidade;

(2) **saúde corporal**: e.g., saúde, boa nutrição, moradia adequada, saúde reprodutiva;

(3) **integridade física**: e.g., liberdade de ir vir ambiente livre da violência domestica oportunidades de satisfação sexual e escolhas em matéria de reprodução;

(4) **senso, imaginação e pensamento**: e.g., livre pensar, educação critica, manifestações culturais e religiosas, liberdade de expressão;

(5) **emoções:** ter direito a manter vínculos emocionais;

(6). **razão prática:** ser capaz de formar sua própria concepção de bem e se engajar em reflexões criticas sobre planejamento de vida;

(7) **affiliation:** e.g., viver com os outros, engajar-se em interações sociais; ter aas bases do respeito próprio e da não-humilhação;

(8) **outras espécies:** e.g., viver em harmonia com as demais espécies;

(9) **divertir-se:** e.g., ser capaz de rir, de aproveitar atividades recreativas;

(10) **controle sobre o-ambiente:** e.g.: A. **Político:** participar efetivamente das decisões políticas, direito às liberdade de expressão e de associação. B. Material: direito a ter propriedades (terra e bens móveis) e ter direitos de propriedade em base igual aos demais, direito ao trabalho.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

---

advanced capabilities, and a round of moral concern. These capabilities are sometimes more or less ready to function: the capability for seeing and hearing is usually like this. More often, they are very rudimentary, and cannot be directly converted into functioning. (…) There are internal capabilities: that is, developed states herself that are, so far as the person herself is concerned, sufficient conditions for the exercise of the requisite functions. Unlike the basic capabilities, these states are mature conditions of readiness. (…) (one becomes capable of sexual functioning by simple growing)." NUSSBAUM, 2000, 84.

[240] "I identify a list of central human capabilities arguing that all of them are implicit in the idea of life worthy of human dignity". NUSSBAUM, 2007, 70.

[241] NUSSBAUM, 2007, 70-78.

Uma vida humana digna é, para Nussbaum, dependente dessas capacitações humanas centrais. Além de o próprio catálogo por ela apresentado fazer menção a inúmeros direitos humanos, ela pressupõe a possibilidade da lista receber anuência internacional similar à angariada pelos direitos humanos e reforça ser a teoria da capacitação uma espécie de abordagem de direitos humanos.

Polêmicas rondam o rol defendido por Nussbaum. Há quem interprete como Robyens, para quem aderir à perspectiva da listagem de capacitações humanas centrais geraria uma inconveniente restrição da teoria da capacitação.[242] Considerando as capacitações centrais um rol fechado, não há como discordar de Robyens. Sem citar Nussbaum, Amartya Sen foi extremamente enfático em sua última obra a esse respeito:

> Isso também aponta para o absurdo do argumento que é apresentado às vezes, que diz que a abordagem de capacitações poderia ser usável – e operacional – somente se viesse com um grupo de funcionamentos com seus pesos já previamente determinados numa lista de capacitações fixas relevantes. A busca por pesos dados e pré-determinados é não só desprovido de fundações conceitualmente, mas também deixa de ver que o valor e peso a serem usados podem ser influenciados por nosso escrutínio contínuo e pelo alcance de discussões públicas.[243]

A própria Nussbaum declara ser esse um motivo de discordância entre ela e Sen. Comim visualiza as diferenças, destaca ser a discussão pública e as deliberações democráticas muito mais prementes em Sen do que qualquer pretensão de especificar capacitações. Entretanto, discorda da existência de uma peremptória dicotomia entre as duas abordagens baseada na idéia da lista. Para ele, o processo por trás das "múltiplas realizações" (*"multiple realisability")* deixa claro que Nussbaum não criou uma lista definitiva de capacitações. Ao definir as múltiplas realizações ela afirma se referir à possibilidade de os membros da sociedade terem a opção de moldar as substância da lista através das crenças locais e das circunstâncias.[244] Em *Frontiers of Justice*, ela vai além e assevera seu respeito ao pluralismo empregando seis argumentos:

---

[242] Disponível para usuários registrados em: <http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/id/41876061.html> Acesso em 07.02.2010

[243] "It also points to the absurdity of the argument that is sometimes presented, which claims that the capability approach would be usable - and operational – only if it comes with a set of given weights on the distinct functionings in some fixed list of relevant capabilities. The search for given, pre-determined weight is not only conceptually ungrounded, but it also overlooks the fact that the valuations and weights to be used may reasonably be influenced by our own continued scrutiny and by the reach of public discussion." SEN, 2009, 242-3.

[244] NUSSBAUM, 2000, 77.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

(1) A lista é aberta, podendo ser repensada de acordo com determinados parâmetros sociais, podendo ser objeto de suplementação ou diminuição;

(2) Os itens foram propositalmente definidos de um modo geral e abstrato, justamente para permitir deliberação entre cidadãos, legislaturas e Cortes;

(3) O conteúdo é de efeito político, não pretende interferir em ditames da cultura ou da religião;

(4) O foco está direcionado para as capacitações, ou seja, considera a liberdade de cada um usar os funcionamentos considerados importantes para si;

(5) As principais liberdades para a proteção do pluralismo (liberdade de expressão, consciência e associação) estão lá presentes;

(6) O respeito à soberania dos Estados e dos povos está contemplado. A lista é vista como uma base de persuasão, sem justificar intervenções nos Estados que não a reconheçam. Nussbaum afirma só acreditar em intervenções em casos excepcionais como a perpetuação de crimes contra a humanidade.

Acertada está a análise de Comim a respeito da inexistência de uma antítese entre as duas abordagens baseada simplesmente nessa questão da lista. Em verdade, como se pode depreender das considerações de Nussbaum apresentadas acima, o rol por ela defendido provê também pistas das capacitações humanas centrais ou básicas.

Por outro lado, essa permeabilidade presente em toda a teoria pode ser sempre objeto de criticas por uma extrema liberalidade. Especialmente, quando se trata de análises sobre pobreza extrema nas quais certas capacitações são vitais para a sobrevivência. Ora, esses argumentos, em meu entender, se baseiam em uma análise rasteira e desconexa com a inteireza da teoria, pois a abordagem das capacitações está todo tempo voltada a modos de se exterminar a pobreza, só não supõe a existência de uma fórmula baseada na junção de certos ingredientes que em qualquer contexto e para qualquer pessoa seriam suficientes. Até porque, em bem verdade, mesmo as abordagens com pretensões totais detém certa imprecisão. Como bem assevera Enrica Chiappero Martinetti, *"ser vago é possível quando a pobreza é identificada em um espaço específico"*[245]. (tradução livre da autora).

A questão posta pelas capacitações básicas segue além da definição ou não de um rol elementar e se agrega ao debate sobre a exigibilidade destas capacitações. São elas apenas as capacitações básicas demandáveis do

[245] "Vagueness exists even when poverty is identified in a unique space". CHIAPPERO, 2008, 279.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

Estado? Não. Primeiramente, a inexistência de listagem quer favorecer justamente a possibilidade de diferentes demandas a depender da necessidade da população e da possibilidade do Estado.

> O termo "capacitação básica", usado por Sen (1980), tinha a intenção de separar da capacitação de satisfazer certos funcionamentos cruciais acima de certos níveis minimamente adequados. A identificação de níveis minimamente adequados de certas capacitações básicas (abaixo do que as pessoas consideram ser uma escandalosamente "privação") pode prover uma abordagem possível para pobreza, e eu devo comentar sobre a relação dessa estratégia com análises de pobreza mais tradicionais focadas em renda. **Mas também é importante reconhecer que o uso da abordagem de capacitações não é confinada somente a capacitações básicas**.[246] (Tradução livre da autora. grifos meus).

Quando se trata da possibilidade de o estado em prover ou não as capacitações básicas diante de sua realidade, gera-se um murmúrio sobre a conexão entre capacitações básicas e mínimos existenciais. Amartya Sen, sempre que se refere às possibilidades de cada Estado, modifica os parâmetros de exigência. Ou seja, assume que, quanto maior nível de desenvolvimento humano tiver um Estado, mais lapidadas são as exigências.

Ainda assim, são tantas as aparentes ligações entre a noção de capacitações básicas e a de mínimos existenciais que acredito ser necessário destrinchar um pouco o tema. Até porque as produções sobre mínimo existencial têm um ressoar forte no debate jurídico brasileiro e granjeiam autores/as de renome.

Imprescindível ressaltar: não existe uma conexão entre capacitações básicas e mínimo existencial. Ricardo Lobo Torres é, no debate jurídico brasileiro, quem de modo mais abalizado defende o mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Ele advoga que: *"sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência e desaparecem as condições iniciais da liberdade."*[247] Dito assim, poderia se supor uma conexão forte entre esses conceitos apresentados e o de capacitações básicas. E mais, Torres também nega a existência de um rol fechado de mínimos existenciais, afirmando estar

[246] "The term 'basic capabilities, used in Sen (1980), was intended to separate out the ability to satisfy certain crucially important functionings up to certain minimally adequate levels. The identification of minimally acceptable levels of certain basic capabilities (below which people count as being scandalously 'deprived') can provide a possible approach to poverty and I shall comment on the relation of this strategy to more traditional income-focused analyses of poverty. **But it is also important to recognize that the use of the capability approach is not confined to basic capabilities only.**" NUSSBAUM, 1993, 42.

[247] TORRES, 2005, 314

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

ele no núcleo fundamental de variados direitos nos seus mais diversos ramos (financeiro, tributário, penal, civil, etc).[248]

No entanto, essa ligação inexiste.[249]

O trabalho de definição do mínimo existencial por Lobo Torres construído é bastante preciso e bem fundamentado. Acredito inclusive que o intuito do autor é criar um âmbito de operacionalização indiscutível que permita maior realização dos direitos fundamentais. No entanto, ecoam de seu texto mais limitações do que modos de melhor efetivação. Sob a aparência de criar um núcleo rígido para os direitos fundamentais, o mínimo existencial relativiza a justiciabilidade dos direitos e retrai conquistas históricas. Senão, vejamos, segundo a construção de Lobo Torres:

(1) Existiriam direitos sociais nos artigos 6º e 7º da Constituição que não seriam "tocados pelos interesses fundamentais" e, portanto, se constituiriam "como direitos não-fundamentais, estranhos ao campo do mínimo existencial".[250]

Não bastasse cada direito ter apenas um núcleo duro judicializável, existiriam certos direitos, não-especificados pelo autor no texto, que apesar de estarem dispostos no Titulo II da Constituição Brasileira que se refere especificamente aos "direitos e garantias fundamentais" não seriam tocados de fundamentalidade?

A abordagem dele se sustenta em grande medida no debate alemão. Lá, muitos direitos sociais não são direitos fundamentais. Aqui estão expressamente postos como direitos fundamentais na Constituição. A visão de Andreas Krell, jurista alemão residente no Brasil, está muito mais conectada com as *"realizações múltiplas"* defendidas por Nussbaum e a teoria da capacitação como um todo. Em livro-referência sobre o tema, ele roga:

> Não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra sem levar-se em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos. Ordens jurídicas concretas não representam apenas variantes distintas da realização dos mesmos direitos e princípios: nelas refletem-se também diferentes paradigmas jurídicos.[251]

Além do que ao afirmar a existência de princípios e regras expostos no artigo 6º e 7º desprovidos de fundamentalidade, essa construção teórica atenta

[248] TORRES, 2005, 314

[249] Embora existam outras abordagens sobre o que são e representam os mínimos sociais, permanecerei usando a construção de Lobo Torres por ser a mais difundida e respeitada no campo jurídico brasileiro.

[250] TORRES, 2005, 315-6

[251] KRELL, 2002, 42. Esse cuidado com o transplante de institutos e análises está na base das recomendações da professora de direito comparado Ana Lucia Lyra Tavares exposta na introdução.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

contra os pressupostos básicos do estado de direito, quais sejam: a superioridade e normatividade da Constituição; a prevalência dos direitos fundamentais (artigo 4, II) e a proibição de alteração que gere restrição desmedida ou abolição de direitos fundamentais[252] (art. 60, §4º, IV).

(2) Reserva de lei: os gastos com a execução de direitos fundamentais devem estar previstos no orçamento e isso deve ser matéria de atuação do Executivo e do Legislativo. Ao Judiciário não cabe interferir no orçamento, tão somente *"determinar aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis"*.

(3) A reserva do possível seria aplicável aqueles direitos sociais desprovidos de fundamentalidade, pois não possuem mínimo existencial. Aqueles direitos detentores de mínimo existencial estariam blindados contra a reserva do possível.

Há inúmeras interpretações do significado de reserva do possível. Para Lobo Torres, a que se tornou mais comum no Brasil na verdade se atrela a reserva fática, pois se baseia na pressuposição de que se existir pecúnia em caixa o poder público pode ser obrigado por via judicial a prover direitos sociais. Segundo ele, "*como o dinheiro público é inesgotável, segue-se que sempre há possibilidade fática de garantia de direitos*[253]." Confesso que me surpreendi com o argumento, pois os debates em geral se cingem ao contrário: o que fazer já que o poder público não tem dinheiro suficiente para prover todos os direitos.

Mas bem, para ele essa é uma interpretação errônea da reserva do possível que para ele representa a "'reserva democrática', no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador".

(4) a garantia do mínimo existencial em sua dimensão máxima conduz a minimização dos direitos sociais em sua extensão, todavia não em sua profundidade. E mais:

> Os direitos fundamentais e o mínimo existencial, especialmente nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior do que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência das

[252] É preciso esclarecer que a Constituição brasileira não utiliza a expressão "direitos fundamentais" harmonicamente em todo o texto. Exatamente no inciso definidor das clausulas pétreas utiliza-se da alcunha direitos individuais. Por esse motivo, os/as autores/as divergem sobre o quais direitos estariam albergados sob o manto de clausulas pétreas. Concordo com Ingo Sarlet, quando afirma ser necessário realizar uma interpretação sistemática da Constituição para se obter a resposta. Dessa interpretação se denota serem todos os direitos fundamentais expostos constitucionalmente, sejam individuais ou sociais, são cláusulas pétreas. SARLET, 2003, 383-88.

[253] TORRES, 2010, 327.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

> populações miseráveis. As imunidades e os privilégios dos pobres e as suas pretensões à assistência requerem a interpretação extensiva.[254]

Como se vê essa visão do mínimo existencial se conecta a ideologia que vê o alívio da pobreza através da assistência social. Impossível coadunar essa abordagem com a teoria da capacitação.

(5) "*o mínimo existencial é regra, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita a ponderação*"[255].

> Inviabilizar a ponderação aparenta trazer um ganho para os direitos fundamentais, pois em seu núcleo essencial teriam de ser aplicados/realizados em sua totalidade. No entanto, a ponderação ocorre quando há conflito entre normas de mesma estatura, ou seja, um direito fundamental só é ponderado quando está em rota de colisão com outro direito fundamental. Nestes casos realizar um sopesamento pode ser essencial para a efetivação de ambos.[256]

Interessante notar que as construções teóricas em torno do mínimo existencial, mesmo quando anunciam ter conhecimento de todos os direitos fundamentais, tem dupla dimensão (um positiva e outra negativa), tendem a se focar nos direitos sociais, demonstrando ainda estarem vinculadas a uma noção arraigada de direitos sociais como os direitos prestacionais.

Os argumentos de Sandra Liebenberg para a África conversam com o contexto brasileiro. De acordo, com o argumento formulado pela autora tem clara inspiração na teoria da capacitação que não está expressamente citada nele, mas é referenciada pouco mais a frente no texto.

(1) Respondendo as criticas de que seria uma usurpação do poder Sandra Liebenberg aduz: "a noção de delimitadas "esferas separadas" não harmoniza com o caráter relacional e dialógico caráter do relacionamento entre as diferentes esferas de governo estabelecidas na Constituição Sulafricana".[257.]

> (2)
> A segunda critica do conceito de mínimo essencial concerne ao link com os padrões de necessidades de sobrevivência. Ao contrário do que é pedido, os padrões de sobrevivência não garantem clareza e certeza na definição de pedidos prioritários no contexto da adjudicação de direitos sócio-econômicos. Dado o fato que as ameaças a vida podem ser concernentes ao curto prazo, ao médio prazo ou ao longo prazo, os padrões de sobrevivência não provêm claro guia sobre quais intervenções sobre direitos econômico-sociais devem ser adotada ou desfrutam de consideração prioritária na formulação de políticas e nos julgamentos. Medidas relativas à educação para a saúde a respeito dos danos do fumo e da necessidade de sexo seguro podem não aparentar ser uma

[254] TORRES, 2010, 333.
[255] TORRES, 2010, 316.
[256] Sem olvidar que o fato de uma norma ser regra não a torna imponderável, como assevera Humberto Ávila em magistral obra sobre o assunto.
[257] "the notion of bounded "separate spheres" does not accord with the relational, dialogic character of the relationship between the different spheres of government under the South African Constitution" LIEBENBERG,2008, 311.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

> prioridade urgente, mas ainda assim tem um significante impacto em termos de salvar vidas a longo prazo..[258]

(3) O terceiro argumento se refere ao fato de o conceito de mínimo ser muito reducionista em face de uma Constituição que se propõe a realização da justiça social. Argumento par com a análise de Gilberto Bercovici acerca do artigo 3º da Constituição brasileira, a qual ele nomeia de cláusula transformadora, pois nela se

> explicita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la. Deste modo, ele impede que a Constituição considere realizado o que está para realizar, implicando a obrigação do Estado de promover a transformação da estrutura econômico-social. Os dois dispositivos constitucionais supracitados buscam a igualdade material por meio da lei, vinculando o Estado a promover meios para garantir uma existência digna para todos. A eficácia jurídica destes artigos (da Constituição italiana e espanhola), assim como a do nosso artigo 3º, não é incompatível com o fato de que, por seu conteúdo, a realização destes preceitos tenha caráter progressivo e dinâmico e, de certo modo, sempre inacabado. Sua materialização não significa a imediata exigência de prestação estatal concreta, mas uma atitude positiva, diligente e constante do Estado. Do mesmo modo que os dispositivos italiano e espanhol mencionados, o artigo 3º da Constituição de 1988 está voltado para a transformação da realidade brasileira, é a "cláusula transformadora" que objetiva a superação do subdesenvolvimento.[259]

Parece-me extremamente claro que o Constituinte brasileiro, assim como o sulafricano e o indiano, assumiu os direitos sociais como direitos fundamentais. Além disso, espero ter demonstrado a impropriedade de se unir uma leitura de mínimo existencial à teoria da capacitação, pois este tema voltara à baila página a frente.

Finalizando o Capítulo...

Como destaquei durante todo este capítulo e continuarei explorando ao longo da tese, a leitura da teoria da capacitação contribui instrumentalmente para a leitura da indivisibilidade, interdependência e inter-relação referentes aos direitos fundamentais.

Entretanto, faz muito mais que isso traz a liberdade ao centro do debate sobre desenvolvimento. O mero crescimento econômico simplesmente não é

[258] The second critique of the minimum core concept concerns its linkage to the standard of survival needs. Contrary to what is claimed, the survival standard does not guarantee clarity and certainty in defining priority claims in the context of socio-economic rights adjudicaton. Given the fact that threats to life can be relatively short-term, medium term or long-term, the survival-standard does not provide clear guidance as to which socio-economic interventions should be adopted or enjoy prioritized consideration in policy-making and adjudication. Health education measures concerning the dangers of smoking and the need for safe sex may not seem to be an urgent priority, but may nevertheless have a significant impact in terms of saving lives in the long term. LIEBENBERG, 2008, 311.

[259] BERCOVICI, 2005, 36-37.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA

desenvolvimento, é preciso se permitir o aprimoramento da liberdade de cada um (e em especial daquelas/as mais prejudicados pela versão economicista e/ou por outras contingências histórico-sociais).

Inexiste uma vinculação do debate sobre mínimo existencial com a teoria da capacitação. Ainda assim, como há no sistema jurídico brasileiro uma ampla discussão a respeito de padrões mínimos em torno de direitos sociais, acreditei válido trazer de pronto explicações abalizadas sobre o tema. Com elas espero não apenas desmistificar a idéia de uma possível ligação entre as teorias, mas também mostrar a invalidade de se traçar mínimos existenciais numa teoria de direitos fundamentais condizentes com os padrões normativos aos quais estes países estão adstritos e com uma perspectiva voltada a agência/emancipação.

Sen trabalha a liberdade como processo e como fim. Em um paralelo que caminha de modo conjunto e entrelaçado, visualizo os direitos fundamentais também como processo e como fim. A convulsão das realidades com seus conflitos, tensões, desigual desfrute de direitos e liberdades é capaz de tornar essas exortações em meros pressupostos teóricos. Considerando isso, observo que essa ligação entre direitos e liberdades não é assumida como algo simplesmente harmonioso, há entraves e são eles que movimentam as construções que apresentarei ao longo desta tese. Portanto, numa representação gráfica, não seriam visualizáveis como duas linhas retas paralelas e com pontos de contato. Seriam melhor representado por ondas entrelaçadas nas quais além dos conflitos narrados há ganhos e perdas no caminhar.

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 0621491/CA