VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

ELISAIDE TREVISAM

ARTUR CORTEZ BONIFACIO

MARIA DE FATIMA DE CASTRO TAVARES MONTEIRO PACHECO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria da justiça , da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores:Artur Cortez Bonifacio; Elisaide Trevisam; Maria De Fatima De Castro Tavares Monteiro Pacheco – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-503-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Igualdade. 3. Princípios
VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

A reflexão e discussão do Grupo de Trabalho de Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica I, que ocorreu no VII Encontro Internacional do CONPEDI na Universidade do Minho (UMinho), na cidade de Braga, em Portugal, com o tema central de "Interconstitucionalidade: democracia e cidadania de direitos na sociedade mundial, atualização e perspectivas", apresentou uma grande contribuição para a área jurídica no que se refere ao diálogo entre pesquisadores nacionais e estrangeiros, qualificando, de maneira atenciosa e especial, a busca por uma sociedade mais cidadã e democrática.

As pesquisas se desdobraram desde as questões contemporâneas das teorias da justiça e sua aplicação, aos mais diversos temas que tratam da efetivação dos direitos individuais, políticos e sociais, basilares para uma sociedade democrática. Recordando o pensamento de Martha Nussbaum e, partindo da teoria do utilitarismo, foi feita uma análise da política de direitos básicos e de mínimo social, sob perspectiva do teoria da justiça rawlsiana e da importância da pessoa humana. Afirmando-se que as vantagens sociais devem tornar possível as vantagens mútuas, necessárias e insubstituíveis, foi tratado sobre o papel insubstituível das "fronteiras da justiça" que devem ter em conta a justiça básica. Assim, propondo a integração dos deficientes (e dos próprios animais) vem alvitrar um contrato social baseado nessa justiça básica que proteja todas as situações de vulnerabilidade na sociedade contemporânea, nomeadamente incluindo a protecção das minorias sociais, a promoção de uma verdadeira igualdade de gênero e a melhoria da condição social dos mais desfavorecidos. Desse modo, procurou-se estabelecer a justificação metafísica do Direito, mediante a adesão a uma formulação teorética de uma teoria da justiça edificada no consentimento de indivíduos livres e iguais numa situação hipotética de ignorância, pelo que reconhece o carácter incontornável da obra de John Rawls, afirmando que todas as pessoas têm direito a um mínimo de recursos que lhes permitam exercer os seus direitos básicos.

No que diz respeito à concretização de uma justiça social, fez-se uma reflexão em torno da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade baseada em pesquisas no site do Supremo Tribunal Federal para análise jurisprudencial dos efeitos das decisões daquele tribunal no que concerne às declarações de inconstitucionalidade. Questionando se os projetos de lei recebem a influência desta jurisprudência, foi identificada as alternativas, as consequências para o futuro e apontada a valoração de tais consequências, constituindo este

último momento a dimensão normativa de tais efeitos sobre o futuro. De acordo com a pesquisa apresentada, concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal não fundamenta claramente nem justifica os critérios de valoração utilizada nas suas decisões, acusando a sua falta de racionalidade e transparência. Centrando-se nas formas de controle da convencionalidade, versus controle da constitucionalidade, foi discutida a ideia de um Acordo Internacional referente à Convenção de Viena, diante de um percurso pela posição hierárquica que tais convenções internacionais representam na ordem jurídica brasileira, além dos mecanismos que a República dispõe sobre os meios de controle da sua constitucionalidade e formas de recepção na ordem jurídica interna.

Por fim, tratou-se sobre os limites da função jurisdicional no contexto do Estado democrático de direito e a súmula vinculante n.º 13, por meio de um exercício reflexivo entre o ativismo judicial e a autocontenção, detectando-se as zonas cinzentas de lacunas e antinomias que se manifestam com especial incidência na utilização da margem de discricionariedade judicial nas decisões vinculantes, no Estado brasileiro. Salientando o diferente grau de discricionariedade do legislador e dos juízes foi exposta a teoria da discricionariedade e da confiança, ambas decorrentes do princípio da legalidade.

As contribuições no presente trabalho apresentadas, diante do atual contexto de crise social e política pelo qual a sociedade interna e internacional está passando, serve para dar embasamento aos questionamentos necessários para os pesquisadores e pesquisadoras da esfera jurídica que buscam, de modo efetivo, respostas para as problemáticas a serem enfrentadas na atualidade do Direito.

Desejamos a todos e todas uma boa leitura!

Profa. Dra. Elisaide Trevisam (EPD e UNINOVE)

Profa. Dra. Maria de Fatima de Castro Tavares Monteiro Pacheco (UMinho)

Prof. Dr. Artur Cortez Bonifacio (UFRN)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

APLICANDO TEORIAS DA JUSTIÇA A QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS COMPLEXAS: UMA ANÁLISE DAS ADAPTAÇÕES DE MARTHA NUSSBAUM À TEORIA RAWLSIANA

APPLYING THEORIES OF JUSTICE TO COMPLEX CONTEMPORARY PROBLEMS: AN ANALYSIS OF MARTHA NUSSBAUM'S MODIFICATIONS COMPARED TO JOHN RAWLS' THEORY

Ana De Mello Côrtes [1]

Resumo

O artigo se propõe a analisar as adaptações da filósofa Martha Nussbaum à teoria da justiça de John Rawls em seu enfoque das capacidades, proposta de abordagem adequada à prática e a problemáticas contemporâneas complexas. Ao longo do texto são apresentados a estrutura geral das ideias por ela defendidas, alguns exemplos paradigmáticos elaborados em sua obra e algumas das principais críticas a sua abordagem para, por fim, concluir com uma análise da proposta com relação à realização dos objetivos a que se destina.

Palavras-chave: Martha nussbaum, John rawls, Teoria da justiça

Abstract/Resumen/Résumé

This article proposes to present Martha Nussbaum's modifications compared to John Rawls' theory of justice in her capabilities approach, in which she proposes an approach which is appropriate to practical issues and complex contemporary problems. Through the text, the general structure of her ideas is presented, as well as a few paradigmatic examples given by her in her work and some of the main criticisms of her approach, aiming to conclude with an analysis of her proposal about if it thrives in reaching its goals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Martha nussbaum, John rawls, Theory of justice

[1] Graduada em direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco - USP e mestranda em direito e desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas - Direito SP

1. Introdução

Em seu livro “Uma Teoria da Justiça” John Rawls apresenta uma das primeiras alternativas sistemáticas ao utilitarismo. Embora sua teoria não tenha estabelecido concordância entre os demais filósofos políticos atuais, trata-se de um trabalho de importância ímpar em oposição ao qual os posteriores se definiram (KYMLICKA, 2001, p. 53).

A teoria da justiça rawlsiana é complexa e tem como ponto de partida princípios e pressupostos, como uma sociedade bem ordenada. A sociedade para Rawls é vista como um sistema justo de cooperação no qual todos agem juntos e de forma voluntária para um fim comum, essa ideia pressupõe que os cidadãos sejam livres e iguais e a sociedade seja bem ordenada, isto é, regulada de fato por uma concepção pública de justiça (RAWLS, 2003, p. 11).

Os mencionados pressupostos da teoria rawlsiana, ainda que garantam que a teoria se adequa a seus propósitos, não raro geram questionamentos por parte de pensadores da filosofia política acerca de sua aplicação às questões práticas que se colocam na sociedade mundial da atualidade. Diante dessas críticas muitas são as novas correntes e novas teorias da justiça elaboradas, dentre elas temos a proposta de Martha Nussbaum para enfrentar essas questões contemporâneas, que não se baseia em estabelecer uma nova teoria complexa, mas sim em fazer alterações e adaptações que julga importantes.

Neste artigo, a princípio apresento uma breve síntese, como uma estrutura geral, das ideias defendidas por Martha Nussbaum em sua obra em oposição à teoria de justiça rawlsiana. Em seguida, faço a exposição superficial de exemplos paradigmáticos, apresentados exaustivamente na obra da autora e por ela utilizados para justificar e embasar suas reflexões. Passo, então à análise de duas das principais críticas apresentadas com relação à obra de Nussbaum, bem como dos argumentos ou réplicas possíveis presentes na obra com relação a essas críticas. Por fim, do confronto dos argumentos, concluo com a apresentação das razões pelas quais cada argumento parece prosperar e a análise da performance da obra da filósofa nessa empreitada buscando o enfrentamento das questões cotidianas de complexidade diversa que se apresentam num ritmo crescente e ao redor de todo o mundo.

2. Síntese do pensamento de Nussbaum

Martha Nussbaum não se propõe a estabelecer uma doutrina moral abrangente ou mesmo uma doutrina política sobre direitos básicos. Sua ideia não pressupõe romper com a teoria da justiça de Rawls, que, conforme afirma na introdução de "Fronteiras da Justiça" (NUSSBAUM, 2013, p.3), considera ser ainda a teoria da justiça mais forte que possuímos, mas sim ampliá-la e alterar alguns pontos a fim de questões que considera importantes sejam devidamente contempladas. É estabelecida "uma concepção parcial, baseada na ideia de um mínimo social, em vez de uma concepção mais ambiciosa e completa como a de Rawls" (NUSSBAUM, 2013, p. 195). Nussbaum também se filia ao liberalismo político e reserva um papel para o conceito de consenso sobreposto em sua teoria.

Seu enfoque, chamado de enfoque das capacidades, pretende em uma abordagem focada em questões práticas estabelecer um conjunto de capacidades que podem ser definidas como direitos fundamentais de todos os cidadãos e devem ser assegurados pelo Estado, sendo que, caso não sejam, há uma violação da justiça básica, uma vez que esses direitos estão implícitos na noção de dignidade humana.

A concepção de Nussbaum do enfoque das capacidades questiona pontos de partida tradicionais da teoria liberal, relacionados às teorias contratualistas, como "a noção kantiana de pessoa, a descrição humiana das condições de justiça e a ideia contratualista da vantagem mútua como propósito da cooperação social" (NUSSBAUM, 2013, p. 272). Ela defende que a sociedade é construída para tornar possível às pessoas que elas tenham todas as capacidades centrais porque isso é humanamente bom. Nesse sentido, os laços de amor à justiça e de compaixão existem entre as pessoas tanto quanto os de vantagem mútua, sendo que aqueles laços podem ser transformados em mais amplos e mais imparciais por meio de um sistema de educação que reproduza valores desejáveis.

Ainda que Nussbaum concorde que é difícil introduzir e sustentar uma medida de benevolência e um compromisso com justiça nas bases de uma teoria, ela defende que pressupostos fracos não resolvem os problemas práticos que se propõe a enfrentar, de forma que são necessários pressupostos mais robustos.

Quanto à concepção de pessoa, Nussbaum se afasta da concepção kantiana, que contrasta a humanidade com a animalidade e propõe uma concepção de pessoa como um animal social, influenciada por Aristóteles e Marx, segundo a qual sua dignidade independe de uma racionalidade idealizada. Essa forma de conceber a pessoa atenta especialmente

para a vulnerabilidade e a caracterização como animais necessitados e vulneráveis, oferecendo uma concepção que parece mais adequada aos dilemas práticos que são enfrentados na obra.

A lista das capacidades centrais representa os direitos que devem ser constitucionalmente assegurados e implementados tanto por via legislativa quanto por via judicial. Trata-se de maneiras efetivas de ter uma vida com dignidade, uma vida apropriada à dignidade humana deve, portanto, ter garantidas as capacidades listadas. A proposta de Martha Nussbaum para essa lista contém 10 itens, são eles: 1. Vida; 2. Saúde física; 3. Integridade física; 4. Sentidos, imaginação e pensamento; 5. Emoções; 6. Razão prática; 7. Afiliação: a) ser capaz de viver com outros e por outros b) ter a base social para o autorrespeito e não humilhação; 8. Outras espécies; 9. Lazer; 10. Controle sobre o próprio ambiente: a) político b) material. (NUSSBAUM, 2013, p. 91 a 93)

A essência de falar em capacidades é que os bens primários são plurais e não singulares, sendo que todas as centrais são necessárias para uma vida humana decente e digna e, portanto, radicalmente inegociáveis (uma quantidade maior de uma não substitui a falta de outra). Há um nível mínimo de todas as capacidades que deve ser conferido a todas as pessoas e não é possível substituí-lo por renda ou riquezas. Considerando, contudo, sua linha liberal, afirma que a política na maior parte dos casos deve promover apenas a capacidade e não sua efetiva funcionalidade, ou seja, garantir que possa exercer determinado direito, não obrigar seu exercício.

3. Exemplos paradigmáticos

Muitas das reflexões de Martha Nussbaum passam por questões de diversidade, desigualdade e desvantagem enfrentadas na prática. Ainda que algumas teorias da justiça, como é o caso da rawlsiana com os limites para sua investigação (RAWLS, 2003, p.17), não tenham como objetivo solucionar tais situações, é um dos objetivos da autora dar esse passo. Para isso, em seu livro “Fronteiras da Justiça” aborda questões relativas a deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie.

3.1. Pessoas com deficiência

O argumento baseia-se na defesa de que a abordagem procedimental das teorias contratualistas, associada à ideia de igualdade aproximada entre as partes, faz com que as regras de justiça surjam na prática voltadas a um público de homens livres e produtivos, o que não contempla adequadamente grupos como pessoas deficientes e seus cuidadores e gera uma desvalorização das atividades na esfera privada em geral.

Com o objetivo de alcançar de forma mais ampla a inclusão social, o exemplo das pessoas com deficiências e impedimentos se torna crucial para defender a necessidade de complemento proposto a teorias que, uma vez originadas de um contrato entre pessoas com certas habilidades como racionalidade, linguagem e capacidades mentais e físicas em comum, a princípio excluiriam pessoas que não possuem tais características (NUSSBAUM, 2013, p. 21). O diferencial proposto é adaptar as teorias mencionadas a fim de que questões como a das pessoas com deficiência sejam tratadas como um problema de justiça básica.

No segundo capítulo de "Fronteiras da Justiça", Nussbaum apresenta três casos específicos: Sesha, capaz de desenvolver laços afetivos, mas profundamente dependente e incapaz de desenvolver capacidades de mobilidade, fala ou leitura; Arthur, portador de síndrome de Asperger (autismo de alto nível funcional) e síndrome de Tourette, possuidor de conhecimentos impressionantes, mas com dificuldades para interações sociais, e Jamie, nascido com síndrome de Down.

Tratar crianças e adultos com impedimentos mentais como cidadãos e incentivar o desenvolvimento mais amplo possível de suas capacidades pressupõe uma atenção específica e a concepção de pessoa diferenciada proposta por Nussbaum, com foco na vulnerabilidade, que atinge não só pessoas com deficiência, mas pessoas em diferentes fases da vida, como idosos, contempla melhor os problemas fáticos de desigualdade e discriminação enfrentados por essa parcela da população. O enfoque das capacidades, assim sendo, oferece uma concepção mais igualitária e inclusiva de cidadania para esse grupo de pessoas.

O cuidado, nessa concepção, não é uma capacidade única e individualizada, mas sim o esforço para que cada pessoa com suas limitações tenha o máximo acesso possível a um nível mínimo de capacidades que devem ser asseguradas a qualquer cidadão. A estratégia proposta é baseada em manter a lista única proposta de capacidades e trabalhar para que as pessoas com deficiência atinjam também os níveis mínimos necessários a uma

vida digna (NUSSBAUM, 2013, p. 233). Desta forma, a atenção deve ser específica e individualizada, voltada às necessidades de cada pessoa, estimulando, por exemplo, as capacidades afetivas de Sesha e as capacidades intelectuais de Arthur.

A defesa de que as capacidades são inegociáveis e de que sua garantia é um dever público também contempla melhor essas pessoas, uma vez que um planejamento público do espaço com uso de recursos públicos que garanta a mobilidade de cadeirantes, por exemplo, atinge melhor a raiz do problema do autorrespeito e da autonomia dessas pessoas do que poderia ser feito com compensações em renda e riqueza. A preocupação do enfoque é garantir o maior desenvolvimento do que essas pessoas são capazes de ser e fazer.

3.2. Nacionalidade

Martha Nussbaum também considera que abordagens tradicionais baseadas no contrato social não conseguem apresentar uma forma adequada de tratar sobre a influência que o simples local de nascimento de um indivíduo e sua nacionalidade podem exercer em suas chances de vida básica. Isto é, em uma sociedade mundial cada vez mais interligada e interdependente as desigualdades entre nações ricas e pobres e nos mais diversos estágios de desenvolvimento (seja qual for a concepção de desenvolvimento empregada) têm um grande impacto na qualidade de vida que terão os indivíduos. A situação dos países com menos recurso e desenvolvimento é apresentada por Nussbaum como análoga à enfrentada pelas pessoas com deficiência no primeiro exemplo dado.

O modelo contratualista em suas bases é referente em geral a uma sociedade independente e autossuficiente e, embora algumas abordagens como a kantiana e a rawlsiana considerem questões de justiça entre nações, reservam a esses questionamentos um papel secundário que Nussbaum julga ser insuficiente diante dos problemas contemporâneos (NUSSBAUM, 2013, p. 24).

O papel secundário reservado nessa teoria seria imaginar os Estados depois de estabelecidos como estando ainda em estado de natureza, de forma que, posteriormente a sua formação, em um segundo nível do contrato deveriam negociar como pessoas livres, iguais e independentes. Considerando o contexto de economia global, Nussbaum questiona a igualdade e a liberdade dos agentes nessa estrutura, bem como sua independência em um contexto de nações crescentemente interdependentes (NUSSBAUM, 2013, p. 285).

Na aplicação à realidade temos que a desigualdade econômica e social leva a escolhas e comportamentos que apenas intensificam esse desequilíbrio em favor das nações que possuem mais recursos de variados tipos nessa negociação. Assim sendo, o estabelecimento de princípios básicos tende a levar em conta as necessidades dos que detém o poder de negociação, ficando as reivindicações daquelas nações com menos recursos em segundo plano.

As formas tímidas e superficiais de abordar os conflitos e as diferenças entre Estados se revelam cada vez mais insuficientes em uma realidade que mostra que a desigualdade atinge até mesmo os níveis mais básicos de condições para sobrevivência digna. Martha Nussbaum considera que as tentativas vindas da tradição contratualista como "O Direito dos Povos" de Rawls e obras semelhantes de Thomas Pagge e Chales Beitz são insuficientes para lidar com essa questão (NUSSBAUM, 2013, p. 25).

Na perspectiva de Nussbaum é necessário ultrapassar a teoria de contrato clássica, que não é capaz de estabelecer um modelo de cooperação justa entre nações uma vez que não é vantajoso na atualidade cooperar com outras nações em termos justos (NUSSBAUM, 2013, p. 337).

O enfoque proposto em lugar, o já exposto enfoque das capacidades, tem como foco os resultados, assim sendo, a justiça mínima seria medida pela habilidade de uma nação de garantir a seus cidadãos capacidades centrais (definidas da mesma forma apresentada para o caso das pessoas com deficiência) com um nível mínimo adequado. Essa concepção questiona o desenvolvimento analisado com base única na economia, insiste na ideia de desenvolvimento humano e defende que a questão da desigualdade entre países deve ser também tratada no primeiro nível do debate sobre teoria da justiça

A proposta de Nussbaum aplicada ao problema da nacionalidade se baseia em desafiar a ideia de que a cooperação social tem como único objetivo a vantagem mútua. Desta forma, o enfoque das capacidades seria prático por obrigar a reavaliação das ideias de cooperação social, sem a qual são realizadas políticas míopes visando o desenvolvimento (NUSSBAUM, 2013, p. 377). Visando a aplicação prática ela propõe as instituições como uma solução plausível para a promoção das capacidades (NUSSBAUM, 2013, p. 381) e em seguida descreve em mais detalhes essas instituições e estabelece princípios que julga adequados à estrutura global.

3.3. Pertencimento à espécie

Martha Nussbaum reserva boa parte de seu trabalho a uma tentativa de estender a aplicação da teoria da justiça a animais não humanos e à consideração desses seres nas reflexões a esse respeito. A seu ver, embora na atualidade a preocupação seja maior com questões ambientais e os interesses de gerações futuras, a pauta específica dos direitos dos animais não costuma ser abordada nesse âmbito. Considerando as teorias contratualistas, baseadas no contrato entre humanos racionais, a exclusão dos interesses de animais não humanos na estrutura de justiça social básica se evidencia (NUSSBAUM, 2013, p. 27).

Na tradição de acordo com a teoria kantiana não há deveres morais com relação aos animais e de acordo com a rawlsiana esses deveres seriam definidos mais em termos de compaixão ou caridade do que de justiça. Para Nussbaum, no entanto, trata-se de uma questão central e de seres com direito a uma existência digna, cujos interesses devem ser tratados (como os outros exemplos paradigmáticos apresentados) como questão de justiça social básica.

O fato de que animais não são apenas decoração no mundo, mas seres tentando viver suas vidas, que são muito afetadas pelas decisões humanas, leva Nussbaum à conclusão de que o problema é de fato uma questão de justiça, devendo ser abordada nas teorias da justiça e não podendo ser caracterizado como questão de mera caridade (NUSSBAUM, 2013, p. 27).

Embora o enfoque das capacidades tenha a princípio as noções de dignidade humana como norte, não abordando a pauta dos problemas de justiça para animais não humanos, Nussbaum defende ser ele mais adequado do que as teorias da tradição contratualista na busca de uma solução adequada (NUSSBAUM, 2013, p. 425).

O enfoque das capacidades foge à concepção kantiana do respeito advindo da humanidade e da racionalidade e adota uma concepção que se aproxima da aristotélica de valorização de todas as formas de vida (NUSSBAUM, 2013, p. 427). A intuição moral básica do enfoque diz respeito a ver dignidade em todas as formas de vida possuidoras de capacidades e necessidades profundas (NUSSBAUM, 2013, p. 426). Cada criatura nascida em uma espécie possui valor e dignidade relevantes a sua espécie, algo independente de ser visível ou não o exercício das capacidades. As capacidades relevantes para a espécie, portanto, devem ser garantidas seja pessoalmente seja através de tutela.

Na busca de justiça na concepção de Nussbaum o fato de que alguns indivíduos ou seres não podem participar de decisões sobre os princípios de justiça não implica desconsideração de seus interesses, ou seja, não significa que tais princípios não possam versar sobre e ser orientado para eles. Essa abordagem, mais uma vez, traz uma compreensão distinta da cooperação social, com fins amplos e difusos e com o propósito de vida conjunta e decente em um mundo em que seja possível a todas as espécies seu desenvolvimento (NUSSBAUM, 2013, p. 430).

Desta forma, o enfoque das capacidades garantiria de acordo com seus objetivos que todos os animais sencientes tivessem acesso a uma vida plena com o tipo relevante de dignidade para sua espécie.

Na proposta prática de enfrentamento da questão, trata-se da pauta abordada de forma mais preliminar entre as três. Nussbaum propõe de uma maneira que define como experimental e geral princípios políticos básicos utilizando como fonte a base humana do enfoque das capacidades, analisando atentamente cada uma das capacidades definidas em sua lista para seres humanos e discorrendo sobre sua possível aplicação a animais não humanos e de que forma isso se aplicaria (NUSSBAUM, 2013, p. 480).

No enfrentamento de conflitos entre interesses humanos e de animais não humanos para Nussbaum há os de resolução sem perda séria para o bem-estar humano, como o uso de peles de animais para roupas ou seu uso na indústria cosmética. Outros, no entanto, como o uso de animais na alimentação são mais complexos tanto em termos de capacidades humanas quanto de impactos ambientais e de saúde a nível mundial, de forma que a solução imediata para a autora seria ao menos o bom tratamento durante a vida e o aniquilamento sem dor, enfrentando a crueldade da indústria do abate. Nessa pauta específica, mesmo esses pontos mínimos e preliminares são vistos como utópicos na realidade mundial (NUSSBAUM, 2013, p. 192).

Há outras questões complexas e limítrofes abordadas na obra, como a alocação de recursos e o uso de animais para pesquisa, mas a posição da autora é que, sem dúvida, muito ainda pode ser feito em relação à melhoria das condições para animais não humanos sem comprometer pesquisar úteis ou áreas básicas da vida e da saúde humanas. De qualquer forma, trata-se de usos e conflitos trágicos[1] e que violam sim direitos básicos dos animais não humanos. Esse reconhecimento por si só tem sua utilidade na visão de Nussbaum que

[1] Como Nussbaum chama conflito que tenham um custo que nenhum ser em uma sociedade justa deveria enfrentar.

considera que essa abordagem favorece a discussão pública e filosófica constante desses assuntos (NUSSBAUM, 2013, p. 495).

4. Críticas às ideias de Nussbaum

4.1. Escolha das capacidades centrais e "trade-offs"[2]

Rawls, assim como Nussbaum, aborda a elaboração de uma lista de liberdades básicas que pode se dar por dois caminhos, quais sejam, a pesquisa histórica, recorrendo a direitos e liberdades garantidos em regimes bem-sucedidos, e a forma analítica, levando em conta direitos e liberdades que garantem condições para o desenvolvimento das faculdades morais de pessoas[3] livres e iguais (RAWLS, 2003, p.63). Caracteriza, então, especialmente as liberdades políticas e a liberdade de pensamento e associação como essenciais, a serem garantidas constitucionalmente e aborda, de forma específica a questão dos trade-offs afirmando que tais conflitos entre direitos e liberdades básicos são evitados com a prioridade do primeiro princípio da justiça (direito irrevogável a um esquema adequado de liberdades básicas a ser garantido igualmente a todos) sobre o segundo (princípio da diferença).

Rawls aborda, ainda, o estabelecimento de bens primários, "condições sociais e meios polivalentes geralmente necessários para que os cidadãos possam desenvolver-se adequadamente e exercer plenamente suas faculdades morais, além de procurar realizar suas concepções de bem" (RAWLS, 2003, p.81). Essa lista é definida usando uma concepção política e não a doutrina moral abrangente e pressupõe o consenso sobreposto[4]. Rawls chega a cinco desses bens, são eles: 1. Direitos e liberdades básicos; 2. Liberdade de movimento e de livre escolha de ocupação sobre um fundo de liberdades diversificadas; 3. Poderes e prerrogativas de cargos e posições de autoridade e responsabilidade; 4. Renda e riqueza entendidos como meios polivalentes; 5. Bases sociais do autorrespeito (RAWLS, 2003, p. 82 e 83).

---

[2] Termo utilizado na Economia quando situações de escolha estão em oposição.
[3] O conceito de pessoa para Rawls é o de alguém que pode participar da vida social e desempenhar uma função nela (RAWLS, 2003, p. 34), diretamente ligado a produtividade e que se diferencia do conceito de ser humano.
[4] Termos do acordo possível entre pessoas racionais que buscam um acordo de convivência acima das diferenças particulares.

Em sua proposta de avançar com relação à proposta rawlsiana e complementá-la, Martha Nussbaum estabelece uma lista análoga, porém muito mais ampla, operando com o que chama de uma concepção mais rica e moralizada do bem, que une o justo ao bom (NUSSBAUM, 2013, p.200), chegando à lista de dez capacidades. A estratégia utilizada para chegar à lista é invocar o próprio conceito de dignidade humana e pensar as capacidades que tornam a vida humana digna com relação à dignidade que a pessoa possui (NUSSBAUM, 2011, p. 29 e 30).

A forma de definição das capacidades centrais, bem como a importância dada a cada uma delas individualmente com uma heterogeneidade irredutível, que significa que nenhuma delas pode ser substituída por qualquer quantidade de uma outra ou mesmo por recursos financeiros, devendo, ao menos em um nível mínimo ser protegida e assegurada de forma específica (NUSSBAUM, 2011, p. 35), leva ao questionamento sobre como o enfoque das capacidades enfrentaria situações de conflito entre capacidades.

O problema da abordagem se intensifica devido à amplitude das capacidades abordadas, incluindo interação com outras espécies e lazer ao lado de vida e integridade física. A própria definição das capacidades como garantidoras de uma vida apropriada à dignidade humana leva a crer que a violação de qualquer uma delas significa uma violação da dignidade e da justiça.

Há, ainda, o fato de que Nussbaum entende que o critério distintivo de tais capacidades ditas centrais é a necessidade de serem constitucionalmente asseguradas, mencionando especificamente o dever estatal de garanti-las, sendo que devem ser implementadas por iniciativa tanto legislativa quanto judicial e a falha nessa garantia constitui falha grave de justiça básica (NUSSBAUM, 2013, p. 191 e 192).

Haja vista a concepção diferenciada de pessoa e a ampliação expressiva no que seria considerado justiça básica, Nussbaum abre margem para grandes conflitos entre capacidades ditas centrais em situações de escassez de recursos e, uma vez que defende o dever de implementação judicial delas, a possibilidade de requerer via Judiciário uma ampla gama de direitos nas mesmas situações, algo que poderia gerar até mesmo uma situação mais desigual de distribuição de recursos.

Também soa problemático falar em falha grave de justiça básica em casos em que algumas capacidades entre as listadas, como a interação com outras espécies, não sejam garantidas. Ou mesmo falar que uma vida que não tenha tais capacidades asseguradas não é

adequada a dignidade que possui, até mesmo pensando especificamente no exemplo das pessoas com deficiência que, por vezes, não serão capazes de acessar uma série das capacidades da lista.

Em sua obra "Creating Capabilities", Nussbaum argumenta que sua lista é apenas uma proposta que pode ser contestada de forma que alguns itens não sejam considerados tão centrais a ponto de serem garantidos constitucionalmente e sejam deixados para o processo legislativo ordinário (NUSSBAUM, 2011, p. 36).

A questão das situações em que as condições sociais tornam impossível a garantia de todas as capacidades também é abordada. Ela considera que, devido ao intrínseco valor e importância de todas as capacidades, toda situação de conflito entre duas delas leva a uma situação de escolha trágica, com um custo que ninguém em uma sociedade justa deveria enfrentar. No entanto, defende que é possível estabelecer uma ordem de prioridade em alguns casos de conflito entre capacidades, ainda que haja violações, o critério proposto é intervir da melhor maneira para que seja criado um futuro em que esse conflito de capacidades não exista. (NUSSBAUM, 2011, p. 36 a 38).

Em "Fronteiras da Justiça", destaca, ainda, que manter a lista comum das capacidades e garantir o esforço para que o mínimo seja assegurado está relacionado a tratar pessoas com deficiência como cidadãs dignas e iguais, o que se apoia também na definição de pessoa atenta a vulnerabilidades, visto que todas têm limitações (NUSSBAUM, 2013, p. 234 a 238).

4.2. Limitações da liberdade

Na introdução de "Fronteiras da Justiça", Martha Nussbaum fala sobre a definição de Rawls do *liberalismo político* como uma família de concepções liberais na qual a dele é apenas uma das que fazem parte. Em seguida afirma considerar seu enfoque das capacidades parte dessa família.

Ainda que deixe clara a importância da noção de liberalismo político em seu trabalho e o foco na escolha e na liberdade (NUSSBAUM, 2011, p. 18 e p. 19), ao discutir a questão das limitações da liberdade que devem ou não existir tanto em "Fronteiras da Justiça" (NUSSBAUM, 2013, p. 210 a 212) quanto em "Creating Capabilities" (NUSSBAUM, 2011, p. 25 a 27) cita uma série de exemplos de diferentes níveis de limitação

da liberdade, destacando o caráter controverso da discussão mas sem estabelecer um nível máximo ao qual essas limitações seriam aceitáveis.

Uma ilustração mais clara do ponto é o em que ela aborda as variações possíveis para um nível mínimo de cada capacidade e fala em liberdade de expressão usando o exemplo de que poderia parecer apropriado um direito à liberdade de expressão que, na Alemanha, proibisse discursos e organizações antissemitas (NUSSBAUM, 2013, p. 220). Dito isso, em algumas definições liberais, como a que Dworkin estabelece ao se preocupar especificamente com a concepção sobre o conceito de liberalismo (DWORKIN, 1986, p.187) a limitação seria problemática.

É de se esperar que em uma concepção que destaca tão fortemente seu caráter liberal e sua filiação a uma dita família do *liberalismo político* estivesse presente uma delimitação verificável de quais os limites para as violações à liberdade em situações limite, até mesmo por, no caso da abordagem de Nussbaum, se tratar de uma proposta voltada a tratar de problemas práticos e específicos que certamente envolverão limitações à liberdade em algum ponto.

Ao se pronunciar sobre possíveis violações, Martha Nussbaum se posiciona dizendo seguir uma linha mais libertária que, em geral, não favorece proibições, com a exceção explícita de casos que atentem contra o autorrespeito ou a dignidade ou que envolvam crianças (NUSSBAUM, 2013, p. 2011). Também afirma ter elaborado uma lista de capacidades propositalmente abstratas a fim de que a definição mais específica de sua implementação ficasse a cargo do sistema constitucional de cada nação (NUSSBAUM, 2011, p. 40).

5. Conclusão

Na teoria rawlsiana há um espaço pequeno para considerar outras questões e intuições que afetam nossa percepção, até mesmo porque não é a proposta da teoria e por uma opção metodológica. Desta forma, a iniciativa de Martha Nussbaum é uma tentativa importante e válida para levar em conta valores mais amplos, que ultrapassam os considerados por Rawls, a fim de buscar uma forma suficiente para pensar problemas constitucionais contemporâneos complexos. Contudo, embora de forma geral a ideia do

enfoque das capacidades tenha méritos, precisa ser desenvolvida em alguns pontos e as críticas prosperam.

Primeiramente, o argumento de que a lista estabelecida é apenas uma proposta que pode ser contestada não consegue combater as críticas pelo papel crucial que o estabelecimento de uma lista específica de capacidades tem na abordagem de Nussbaum do enfoque das capacidades. Em diversos momentos ela defende a necessidade desse estabelecimento bem definido e chega a definir esse ponto como um diferencial do seu trabalho (NUSSBAUM, 2011, p. 19).

Ademais, ainda que afirme que é possível estabelecer ordem de prioridade entre as capacidades em casos extremos, a estratégia de intervir para que no futuro o conflito não mais exista, não fornece ferramentas suficientes para saber qual é sua opinião sobre uma ordem de importância entre as dez capacidades (ou mesmo se ela existe). A solução proposta diante de trade-offs, portanto, é insuficiente para que, de fato, sejam estabelecidas prioridades. A estratégia de Nussbaum, nesse ponto, fornece menos ferramentas para conflitos práticos do que a de Rawls, um problema para uma teoria que pretende se adequar melhor a questões contemporâneas complexas.

Considerando, ainda, os possíveis conflitos envolvendo diferentes nações ou animais de outras espécies os problemas parecem de ainda mais difícil enfrentamento prático, fazendo necessárias talvez mais adaptações às teorias e reflexões sobre esses conflitos específicos para que a aplicação prática seja de fato mais palpável.

Quanto às limitações às liberdades, diante da falta da definição de um nível máximo, se evidencia uma lacuna no pensamento. Ainda que ela estabelecesse um padrão por seu próprio pensamento, considerando que em sua argumentação todas as capacidades estão tão atreladas à ideia de dignidade e a assegurar uma vida digna, excetuar questões ligadas a violações na dignidade e ao autorrespeito não fornece um parâmetro nítido de quais violações à liberdade devem ou não ser permitidas. O fato de deixar as capacidades abertas e questionáveis demais também enfraquece seu argumento e é um empecilho na proposta de resolução de questões complexas de forma mais adequada.

De todo modo, o questionamento de por quem e para quem os princípios são elaborados nas abordagens clássicas da teoria da justiça é essencial e seu desenvolvimento se faz necessário. As reflexões propostas por Martha Nussbaum trazem à tona temas da justiça que tem importância crescentemente reconhecida e não podem ser ignorados.

Os problemas enfrentados globalmente ou domesticamente na atualidade exibem muitas vezes essa enorme assimetria que tem destaque nas adaptações propostas por Martha Nussbaum para que o tema da justiça social seja adequadamente tratado e considere todos os possíveis interessados de forma mais democrática e igualitária.

Uma abordagem que traga o foco para grupos que não são os dominantes em termos de poder ou recursos é crucial e pode ser determinante para desenvolver de fato uma teoria da justiça que se aplique a atualidade a conflitos constitucionais complexos. Essa nova e diferenciada forma de proposta para a construção da justiça global mostra que essa construção deve ter como pressuposto a inclusão de sujeitos que não estavam incluídos ou não recebiam a devida atenção em abordagens prévias. Essa inclusão diz respeito não só aos exemplos paradigmáticos observados na obra de Martha Nussbaum como também a uma série de grupos historicamente excluídos enquanto sujeitos iguais de justiça como mulheres, minorias sexuais e de identidade de gênero e minorias sociais étnicas ou raciais. Trata-se, em suma, de uma proposta e uma abordagem atuais e cujo desenvolvimento adequado pode ter um impacto considerável na construção de uma justiça global que possa ser vista como democrática e verdadeira.

6. Bibliografia

DWORKIN, Ronald. A Matter of Principle. Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. Justice for Hedgehogs (Cambridge, USA: Harvard University Press, 2011).

KYMLICKA, Will. Contemporary Political Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2002.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ensaios de teoria do direito (São Paulo: Saraiva, 2013b).

MACEDO JR, Ronaldo Porto (org). Filosofia Política (Atlas, 2008)

NUSSBAUM, Martha. Creating Capabilities: the human development approach. Belknap, Harvard, 2011.

NUSSBAUM, Martha. Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Ed. Martins Fontes, 2013.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma reformulação. Ed. Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. Political Liberalism (Expanded Edition, New York: Columbia University Press, 2005).

RAWLS, John. Political Liberalism: Reply to Habermas in The Journal of Philosophy (Vol. 92, nº3, Março, 1995)