

O VALOR DA LIBERDADE NA INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS¹⁻²

THE VALUE OF FREEDOM IN INTERPRETING SOCIO-ECONOMIC RIGHTS

Sandra Liebenberg³

Universidade de Stellenbosch – África do Sul

RESUMO: Este artigo trata do direito de liberdade inserto na Constituição de 1996 da África do Sul, e as possibilidades de sua interpretação, principalmente em face de seu conteúdo substancial e não meramente formal. Os fundamentos básicos de sua argumentação são retirados de julgamentos da Corte Constitucional sul-africana, em especial das formulações feitas pelo Juiz Ackermann no caso específico denominado *Ferreira v. Levin*, no qual fica bastante nítido que as condições de liberdade influenciam diretamente na capacidade de exercer a liberdade e,

ainda, demonstra claramente que poder agir com liberdade é a condição para a realização de diversos outros direitos fundamentais, sem os quais o conceito de cidadania fica significativamente mitigado, principalmente no contexto dos direitos socioeconômicos, havendo mesmo um “elevado grau de interdependência e inter-relações entre os valores constitucionais fundamentais”. O texto afirma que, no âmbito das políticas governamentais, as decisões socioeconômicas devem considerar como parte de seus efeitos a efetivação da democracia, quando criam

¹ Título original: *The Value of Freedom in Interpreting Socio-Economic Rights*. Publicado em: HEINONLINE: Citation: 2008 Acta Juridica 149 2008. Content downloaded/printed from: HeinOnline (<http://heinonline.org>). Tue Jul 26, 11:59:56, 2011.

² Tradução: Emerson Baldotto Emery. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

³ HF Oppenheimer titular da cátedra de Direitos Humanos do Departamento de Direito Público da Universidade de Stellenbosch. Este artigo é dedicado a Laurie Ackermann, fundador e primeiro titular desta cátedra. Eu tive o benefício e a sorte de desfrutar da amizade e do vívido interesse de Laurie no meu trabalho, e sou muito grata por seu apoio e encorajamento atuais. Gostaria também de agradecer ao meu colega o Dr. Geo Quinot, por estimular o meu interesse na inter-relação entre direito administrativo e direito socioeconômicos, por muitas discussões sobre o tema. Este artigo é baseado em um projeto de pesquisa financiado pela National Research Foundation (NRF). Qualquer opinião, resultado, conclusão ou recomendação expressa neste material é de responsabilidade exclusiva da autora e, portanto, a NRF não tem qualquer responsabilidade pelo aqui exposto.

condições de participação e efetivação do futuro, dando um significativo suporte às ações afirmativas. Nesse sentido, reforça a tese de que o Estado de bem-estar social deve promover a participação e as condições para retirar as pessoas carentes de seu estado de dependência, possibilitando a todos o usufruto dos direitos e cumprimento de deveres, ampliando por meio da independência, a dignidade e a autonomia.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade; autonomia; direitos fundamentais.

ABSTRACT: *This article is about the Freedom Right, insert the 1996 Constitution of South Africa, and the possibilities of its interpretation, especially in the context of substantial content in opposite to a merely formal Freedom. The main argument are taken from judgments of the Constitutional Court of South Africa, in particular the formulations made by the judge Ackermann, in the case called Ferreira v. Levin, in which it is quite clear that the conditions of freedom directly influence the ability to exercise freedom and yet, clearly shows that, be able to act with freedom is the condition for the realization of many other fundamental rights, without which the concept of citizenship is significantly mitigated, especially in the context of social and economic rights, where it's possible to identify a "high degree of interdependence and interrelationships between fundamental constitutional values". The text states that in the context of government policies, socio economic decisions must consider as part of its purpose the realization of democracy, when they create for the people the conditions for effective participation in his future, giving a significant support for affirmative action. In this sense, reinforces the idea that the welfare state should promote participation and conditions for withdrawing the needy people of his state of dependence, allowing to all the enjoyment of rights and fulfillment of obligations, extending through independence, dignity and autonomy.*

KEYWORDS: *Freedom; autonomy; fundamental rights.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direitos socioeconômicos e a busca por sua fundamentação; 2 Concepções de liberdade; 3 As implicações da liberdade para a interpretação dos direitos socioeconômicos; Conclusão.

SUMMARY: *Introduction; 1 Socio-economic rights and the quest for substantive reasonableness; 2 Conceptions of freedom; 3 The implications of freedom for, interpreting socio-economic rights; Conclusion.*

Ele nunca pensara que sua vida fosse diferente de qualquer outra, nunca duvidara de sua independência, nem nunca se imaginou lidando com nada diferente do que a imensa gama de possibilidades de escolhas humanas. Mas se fosse verdade que sua vida era moldada por poderosos atos inconscientes, então isso significaria

que ele nunca foi dono de sua vontade; nunca tivera um verdadeiro momento de auto-consciência. Tudo que ele pensava de si era uma mentira, uma ilusão. Se fosse assim, como ele haveria de se encontrar agora?⁴

INTRODUÇÃO

Liberdade é um dos valores constitucionais fundamentais na Constituição de 1996⁵. Ao interpretar as leis, uma corte deve promover este valor conjuntamente com dois outros valores fundamentais, a dignidade humana e a igualdade⁶. Esses valores também servem como orientações para a interpretação da legislação, o desenvolvimento do direito do povo (*common law*)⁷ e o direito consuetudinário⁸, bem como para avaliar as justificativas de limitações dos direitos dispostos na declaração dos direitos⁹ (*Bill of Rights*).

No caso *Ferreira versus Levin* NO¹⁰, o Juiz Ackermann fez uma exposição detalhada das dimensões teóricas da liberdade como um direito e um valor constitucional. Ele observou que, assim como a dignidade, a liberdade é o fundamento de muitos outros direitos especificamente arraigados¹¹. Ele continua por examinar os fundamentos teóricos do valor da liberdade esboçados primariamente na obra do Filósofo Isaiah Berlin¹². A partir daí, considera as implicações dessa concepção teórica para a interpretação dos direitos de

⁴ A Ghosh. *O Palácio de vidro* (2000), p. 431.

⁵ Constituição da República da África do Sul, Seção 1(a), 7(1).

⁶ Seção 39 (1).

⁷ N. T. Direito comum originário das decisões judiciais e não de leis legislatadas.

⁸ Seção 39 (2) afirma que: A interpretação de qualquer legislação no desenvolvimento da *common law* ou dos costumes toda corte, tribunal ou fórum deve promover o espírito, o significado e os objetivos da declaração de direitos.

⁹ De acordo com o § 36 (1) da Constituição, limitações aos direitos são graduadas de acordo com sua razoabilidade e justificação possível em uma sociedade plúrima e democrática, fundada na “dignidade humana, igualdade e liberdade”.

¹⁰ *Ferreira v. Levin* NO e outros, e *Vryenhoek e outros vs. Powell* NO e outros 1996 (1) SA 984 (CC) (doravante “*Ferreira*”).

¹¹ *Ibid* § 49. Ackermann J. (at n. 34) cita a frase de Isaiah Berlin: “Aqueles que sempre tiveram a liberdade em suas próprias causas acreditavam que ser livre para escolher, e não propriamente ser livre para ser escolhido é o ingrediente inalienável que faz os humanos serem humanos”.

¹² Veja a respeito “Dois conceitos de liberdade” em Quatro ensaios sobre a liberdade de I. Berlin, 1969.

liberdade especificamente dispostos¹³, bem como nos direitos de liberdade residuais que derivaram do art. 11(1) da Constituição transitória, os “direitos de liberdade e segurança das pessoas”¹⁴.

Embora uma corrente majoritária não concorde com a formulação do Juiz Ackermann sobre os direitos residuais de liberdade, as detalhadas razões substantivas utilizadas por ele no desenvolvimento da argumentação de reconhecimento desses direitos ilustram o significado crucial dos valores constitucionais fundamentais na interpretação da carta de direitos (*Bill of Rights*). O seu julgado considerou seriamente a injunção constitucional das cortes e outras instituições envolvidas na interpretação constitucional na promoção dos valores da dignidade humana, igualdade e liberdade, na atividade de interpretação da carta de direitos (*Bill of Rights*). O seu legado permanente para a nossa jurisprudência constitucional será, acredito eu, a sua contribuição sobre a pertinência legal das razões nas quais as dimensões éticas e filosóficas que informam a interpretação da carta de direitos (*Bill of Right*) são abertamente exploradas e, assim, tornadas transparentes para um maior diálogo e contestação. Esta forma racional de pertinência e transparência está no coração do seu julgamento revolucionário¹⁵.

Este artigo examina o valor da liberdade no contexto da interpretação dos direitos socioeconômicos insertos na Constituição de 1996. Em particular, exploro concepções de liberdade afins com a aspiração transformadora da Constituição sul-africana. Também examino como a liberdade pode explicar e enriquecer várias dimensões da nossa jurisprudência existente sobre direitos socioeconômicos. Contudo, eu não afirmo que a liberdade é o único valor que justifica ou tem implicações importantes para a interpretação dos direitos socioeconômicos. A dignidade humana e a igualdade, assim como outros importantes valores constitucionais, como *ubuntu*, democracia, responsabilidade, capacidade de

¹³ São os seguintes: direito de liberdade religiosa e crença, expressão, de reunir-se em assembleia, de petição e manifestação, associação e fazer movimentos reivindicatórios, todos estipulados nos arts. 14-18, bem como nas políticas de direitos no art. 21 da Constituição interina (Constituição da República da África do Sul, Lei nº 200, de 1993). Ver Ferreira (n. 6), parágrafos 55-6.

¹⁴ Ferreira (n. 6), parágrafos 54, 57-69.

¹⁵ Karl Klare observa que o raciocínio jurídico formal, que determina uma dependência da autoridade formal da lei ou da doutrina sem examinar as justificativas subjacentes ao caso concreto, opera para mistificar as escolhas que juízes fazem nos seus trabalhos de interpretação, o que resulta na redução da transparência dos processos legais (K Klare “Cultura legal e constitucionalismo transformador” (2006) 17 *Stell LR* 351 até 356-57; J Froneman “Razões legais e cultura legal: nossa ‘visão’ da lei” (2005) 16 *Stell LR* 3 nº 17.

resposta e transparência, operam em suas dimensões, importantes contribuições para a jurisprudência em direito socioeconômico¹⁶. Além disso, há um elevado grau de interdependência e inter-relações entre os valores constitucionais fundamentais. Assim como Langa CJ manteve em relação à dignidade humana, igualdade e liberdade: “Esses valores não são em si exclusivos, mas se aumentam e se reforçam mutuamente”¹⁷. Porém, em decorrência da relativa falta de atenção dada à liberdade como um valor para a interpretação dos direitos socioeconômicos, eu particularmente foquei este valor, destacando que tem uma dimensão intimamente relacionada com outros valores constitucionais.

Começo com uma breve explicação a respeito do porque considero que os valores constitucionais fundamentais têm um significado particular no desenvolvimento da nossa corrente jurisprudência dos direitos socioeconômicos. Na parte II, eu examino o conceito de liberdade desenvolvido pelo Juiz Ackermann no caso *Ferreira v. Levin*. Desenvolvo um argumento para o reconhecimento do conceito de liberdade inspirado na exploração feita por Jennifer Nedelsky nos *insights* e na teoria do feminismo *light*. Na parte III, eu considero as implicações dessa compreensão da liberdade em três áreas particulares para a implementação dos direitos socioeconômicos: 1. O modelo de análise jurisprudencial das fundamentações, desenvolvido pelo Tribunal Constitucional, para avaliar a observância dos deveres positivos impostos pelos direitos socioeconômicos; 2. A participação dos grupos mais desfavorecidos na definição e implementação de seus direitos socioeconômicos; 3. A aplicação dos direitos socioeconômicos para o direito privado, com foco nas leis contratuais regidos pela *common law*.

¹⁶ O significado dos valores de dignidade humana e igualdade na interpretação dos direitos socioeconômicos foram explorados no texto de S. Liebenberg “O valor da dignidade humana na interpretação dos direitos socioeconômicos” (2005) 21 SAJHR 1; P de Vos “Grootboom, o direito de acesso à habitação e a igualdade substantiva no contexto da justiça” (2001) 17 SAJHR 258; S. Fredman “Fornecendo igualdade; Igualdade substantiva e o dever de provê-la” (2005) 21 SAJHR 163; S Liebenberg & B Glodblatt “A interrelação entre a igualdade e os direitos socioeconômicos sobre a Constituição transformadora da África do Sul” (2007) 23 SAJHR 335. Para uma crítica da jurisprudência da Corte Constitucional sobre os direitos socioeconômicos a partir da perspectiva da participação democrática, veja-se D Brand “A política da interpretação necessária e a adjudicação dos pedidos em direitos socioeconômicos na África do Sul” em A J van der Walt (Ed) Teorias da justiça social e econômica (2005) 17.

¹⁷ MEC para educação, Kwazulu-Natal v. Pillay 2008 (2) BCLR 99 (CC) para 63. De forma similar, Krieglner J refere-se “à dignidade humana, igualdade e liberdade como um reajuntamento recíproco e equivalente de valores” (S v Mamabolo 2001 (3) SA 409 (CC) § 41).

1 DIREITOS SOCIOECONÔMICOS E A BUSCA POR SUA FUNDAMENTAÇÃO

O compromisso do Juiz Ackermann com os valores fundamentais na interpretação dos direitos constitucionais é particularmente significativo no contexto do nosso desenvolvimento jurisprudencial dos direitos socioeconômicos. Nas decisões paradigmáticas *Soobramoney*¹⁸, *Grootboom*¹⁹, *TAC*²⁰ e *Khosa*²¹, a Corte Constitucional adotou um modelo de razões de jurisprudência para verificar se o Estado cumpriu com os deveres positivos impostos pelos direitos socioeconômicos, nos parágrafos 26 e 27 da Constituição. A fundamentação dos acórdãos busca reservar uma margem da escolha política por parte do Legislativo e do Executivo concernentes à adoção quantitativa de efeitos dos diversos direitos socioeconômicos, embora as escolhas particulares estejam sujeitas à verificação judicial para análise de sua razoabilidade e capacidade de facilitar a realização dos direitos relevantes²². A Corte deixou claro que a razoabilidade neste contexto não significa meramente uma quantidade grande de decisões racionais²³, e desenvolveu uma substancial quantidade de critérios para considerar a razoabilidade dos atos e das omissões estatais. Assim, a Corte indicou que sinalizará o que é uma conduta razoável pelo Estado à luz do contexto social, econômico e histórico, e considerações serão feitas sobre a capacidade de implementação de programas pelas instituições responsáveis²⁴. Um programa razoável de Governo é avaliado em comparação com a abrangência, a coerência, a transparência e a apropriada alocação de recursos humanos e financeiros²⁵. Um componente crítico na avaliação de razoabilidade é o requerimento que o

¹⁸ *Soobramoney v. Ministério da Saúde, KwaZulu-Natal 1998 (1) SA 765 (CC) (“Soobramoney”).*

¹⁹ *Governo da RSA v. Grootboom 2001 (1) SA 46 (CC) (“Grootboom”).*

²⁰ *Ministro da Saúde v. Treatment Action Campaign 2002 (5) SA 721 (CC) (“Treatment Action Campaign”).*

²¹ *Khosa v. Ministro do desenvolvimento social, Mahlaule v. Ministro do desenvolvimento social 2004 (6) SA 505 (CC) (“Khosa”).*

²² *Grootboom (n. 15) § 41. No papel das razões de revisão em atenção da resolução da tensão entre a competência legislativa e executiva de escolha política e a responsabilidade constitucional de proteção dos direitos socioeconômicos, veja C R Sunstein “Social and economic rights? Lessons from South Africa” (2000/2001) 11 (4) Constitutional Forum 123.*

²³ *Veja Bel Porto School Governing Body & Others v. Premier, Western Cape & Another 2002 (3) SA 265 (CC) § 46; Khosa (n. 17) § 67.*

²⁴ *Grootboom (n. 15) § 43.*

²⁵ *A Corte notou no caso Khosa (n. 17) que os fatores identificados na avaliação de razoabilidade não são numerus clausus e que “todos os fatores relevantes tem que ser considerados”. A Corte observou que*

Governo deve atender para as necessidades urgentes ou de manutenção de vida em condições intoleráveis, como mencionado pela Corte no caso Grootboom:

Para ser razoável, a medição não pode deixar considerar o grau e a extensão da negação dos direitos que se tentou implementar. Aqueles, cuja necessidade são mais urgentes e aquelas que viabilizam o usufruto de direitos mais periclitantes, não devem ser ignoradas pelas medições que ajudam a atingir a realização desses direitos. Não deve ser suficiente encontrar uma forma de encontrar razoabilidade que mostre o atingimento de um desenvolvimento de realizações de direitos apenas em dados estatísticos. É preciso mais, a constituição requer que todos sejam tratados com cuidado e interesse. Se a medição, embora bem sucedida em termos estatísticos, falhar na resposta de necessidades dos mais desesperados, os meios de medição terão falhados no teste.²⁶

Este requerimento de um teste de razoabilidade justifica-se em termos do valor da dignidade humana. Além disso, no caso Grootboom a Corte assegurou:

É fundamental para a avaliação da razoabilidade da ação estatal que a verificação a ser realizada seja inerente à dignidade da pessoa humana... Seção 26, leia-se no contexto da carta de direitos (*Bill of Rights*) como um todo, significa que os autores têm o direito de uma ação razoável pelo Estado em todas as circunstâncias e que no que diz particularmente respeito à dignidade humana. Em resumo, ênfase que os seres humanos requerem ser tratados como seres humanos.²⁷

Há um debate grande acerca da adequação das razões jurisprudenciais como base para a reivindicação positiva de direitos socioeconômicos. Modelos

“o que é relevante pode variar de caso para caso, dependendo dos fatos particulares e circunstâncias” (§ 44).

²⁶ Grootboom (n. 15) § 44.

²⁷ Grootboom (n. 15) § 83. Veja também A Sachs “The judicial enforcement of sócio-economic rights” (2003) 56 *Current Legal Problems* 579 at 594-96; S Liebenberg, “The value of human dignity in interpreting sócio-economic rights” (n. 12).

alternativos foram propostos incorporando a noção de mínimo existencial²⁸, como o piso básico de provisionamento para aqueles que têm total carência de condições básicas de prover as suas necessidades para a vida²⁹. Um aspecto relacionado a esse argumento afirma a possibilidade de que as razões jurisprudenciais descambem para uma diferenciação excessiva do padrão de revisão, que considera a insuficiência do impacto das privações econômicas nas chances de vida das comunidades carentes³⁰.

Uma das principais desvantagens da avaliação das razões jurisprudenciais é que não incorporam a tradicional aproximação em dois estágios da análise constitucional, inicialmente com foco de princípios no âmbito dos direitos e na situação dos reclamantes, e após uma consideração sobre as possibilidades de justificação das infringências. Como resultado, a Corte só se envolve muito superficialmente com o conteúdo (direito material), âmbito, os propósitos subjacentes e os valores de direitos relevantes³¹. Isto não oferece uma fundamentação satisfatória para avaliar as razões dos atos de omissão do Estado, na facilitação da realização de direitos relevantes. Esta avaliação surge em um “vácuo” normativo perigoso, que possibilita o despojamento do significado

²⁸ A tradução literal seria núcleo mínimo de obrigações.

²⁹ Este argumento foi feito na submissão do *amici curiae* in Grootboom (n. 15) e TAC (n. 16). Confiança foi colocada como conceito de mínimo existencial desenvolvido pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais, e Culturais das Nações Unidas, na interpretação das obrigações dos Estados partes na forma do art. 2º da Convenção Internacional de Direitos econômicos, sociais e culturais. Ver como exemplo, General Comment n° 3 (Fifth session, 1990) A natureza das obrigações dos Estados Partes (art. 2 (1) da Convenção) UN doc E/1991/23 §§ 10-11. Contudo, a Corte não endossa abertamente a noção de mínimo existencial, exceto em casos específicos, quando informações suficientes foram dadas como conteúdo de um mínimo para uma determinada situação, para o propósito de determinar o que seria razoável. Ver Grootboom (n. 15) § 33; TAC (n. 16) § 34. Nesses casos têm havido um conflito na normatividade acerca do mínimo existencial. David Bilchitz, por exemplo, arguiu que a priorização de um mínimo existencial, que ele derivava do interesse urgente das pessoas em sobreviver (veja D Bilchitz Pobreza e direitos fundamentais: A justificação e execução dos direitos socioeconômicos, 2007). Para uma discussão e avaliação de outras considerações, veja K Young “O mínimo existencial dos direitos econômicos e sociais: Um conceito em busca de um conteúdo” (2008) 33. The Yale Journal of International Law 113. Para uma discussão do debate no contexto da África do Sul, veja S Liebenberg “Socio economics rights: Revisiting the reasonableness review/minimum core debate” in S Woolman & M Bishop (Eds) Constitutional Conversations (2008) 305.

³⁰ Veja, por exemplo, M Pieterse “Coming to terms with judicial enforcement of sócio economic rights” (2004) 20 SAJHR 383 a 406-8; D Brand “The proceduralisation of South African sócio economic rights jurisprudence”, ou What are socio economic rights for? In H Botha, A van der Walt & J van der Walt (eds) Right and Democracy in a Transformative Constitution (2003), p. 33.

³¹ Veja Bilchitz (n. 24), p. 156-57; Pieterse (n. 25), p. 406-7; Liebenberg (n. 24).

substantial que é o oferecimento concreto e efetivo de medidas eficazes para aliviar aqueles em situação de pobreza³².

A jurisprudência somente avançará substancialmente na realização dos direitos socioeconômicos na Constituição se houver mais princípios focados em interpretar o conteúdo e o alcance de direitos relevantes. Em uma aproximação a essa tarefa, faríamos bem em seguir o exemplo de Laurie Ackermann de elucidação dos valores subjacentes a esses direitos. Um intenso foco nos valores constitucionais da dignidade humana, igualdade e liberdade para desenvolver o conteúdo dos direitos socioeconômicos, deveria ajudar a evitar jurisprudências que degenerem em uma muito rápida aceitação diferencial de justificativas estatais de suas políticas e escolhas orçamentárias. No próximo tópico examinarei como a liberdade como um valor, em uma interpretação próxima com a dignidade e igualdade como valores fundamentais, pode nos ajudar na questão do desenvolvimento do conteúdo substancial dos direitos econômicos sociais.

2 CONCEPÇÕES DE LIBERDADE

Como mencionado anteriormente, os julgamentos de Ackermann não tratam os valores constitucionais fundamentais com brilho perfunctório nas conclusões fatuais e legais a que chega. Ao contrário, ele elabora em detalhes os fundamentos teóricos e os significados que atribui a esses valores, e a maneira como embasa as suas interpretações dos relevantes direitos constitucionais. Em fazendo isto, ele oferece as suas interpretações dos direitos constitucionais à avaliação e crítica pública de forma transparente. Este fato permite um rico diálogo sobre a interpretação dos nossos valores fundamentais constitucionais e a sua contribuição na promoção do ser transformador da Constituição. É nesse espírito que eu volto a examinar o conceito de liberdade desenvolvido no caso *Ferreira v. Levin NO*, antes de examinar a concepção alternativa com a qual eu argumento de forma mais adequada para evoluir na jurisprudência de transformação de direitos socioeconômicos.

³² Veja M Pieterse "Eating sócio economic rights: The usefulness of rights talk in alleviating social hardship revisited" (2007) 29 Human Rights Quarterly 796.

2.1 O CONCEITO DE LIBERDADE DO JUIZ ACKERMANN NO CASO FERREIRA V. LEVIN NO

Em *Ferreira v. Levin NO*, Ackermann argumenta em pró de uma larga e generosa construção do direito de liberdade enraizado no art. 11(1) da Constituição transitória de 1993, Seção 11 transcrita a seguir:

- (1) Toda pessoa deve ter o direito de liberdade e segurança pessoal, que incluirá o direito de não ser detido sem um julgamento.
- (2) Nenhuma pessoa será submetida à tortura de qualquer espécie, física, mental ou emocional, nenhuma pessoa será submetida à crueldade, a punições desumanas ou a tratamentos degradantes.

Ackermann está preocupado em desenvolver, no art. 11(1), uma concepção de liberdade como um direito independente e mais abrangente do que a expressão literal associada à invasão da segurança física³³. Ele define a liberdade como “indispensável para a proteção da dignidade”, de forma que sem liberdade as pessoas são incapazes de desenvolver os seus talentos humanos únicos em sua inteira extensão e potencial³⁴. Mas, liberdade de acordo com ele, também tem um valor constitucional intrínseco³⁵. Ele continua argumentando a favor de uma abrangente e generosa interpretação do direito de liberdade no art. 11. Este tipo de direito “deve ser definido o mais largamente possível, em consonância os demais também devem ter larguesa como a liberdade”³⁶. Essa construção abrangente é fundamentada por argumentos morais, literais e teleológicos. Então, da perspectiva da filosofia moral, ele endossa a posição de Isaiah Berlin, de que a liberdade no sentido de ser uma “liberdade de escolha e não uma liberdade de ser escolhido, é um ingrediente inalienável daquilo que faz humano o ser humano”³⁷. Além disso, ele argumenta que a liberdade

³³ *Ferreira v. Levin NO* (n. 6) § 46.

³⁴ *Ibid* § 49. Esta ligação entre liberdade e dignidade e um valor era afirmada pela Corte no caso MEC para Educação: *KwaZulo-Natal, Thulani Cele: School Liaison Officer V Navaneethum Pillay* (n. 11) § 63.

³⁵ *Ferreira v. Levin NO* (n. 8) § 49.

³⁶ *Ibid*.

³⁷ *Ibid* no fn 34, citando Berlin (n. 8) no ix. Veja também Ackermann J’s endossa (no § 52) a caracterização feita por Kant “liberdade (no sentido de estar livre do constrangimento e cerceamento de outra pessoa), na medida em que é compatível com a liberdade de qualquer outra pessoa de acordo com a

é indispensável para adquirir a noção de uma sociedade aberta e democrática endossada por uma Constituição. Uma sociedade assim constituída, na qual as “pessoas são livres, individualmente e em associação com outras pessoas, para perseguir amplamente seu próprio desenvolvimento e integralmente sua própria concepção de bem viver”³⁸. Além disso, uma interpretação constitucional teleológica também suporta uma construção abrangente do conceito de liberdade. O regime do *apartheid* sistematicamente negou valor à igualdade moral e à dignidade do povo negro. A sua liberdade de escolha e para desenvolver a sua identidade foi severamente minada por uma miríade de instrumentos legais baseados no racismo, que determinavam todos os aspectos da personalidade civil, política, econômica, social e cultural da vida desse povo³⁹. A principal meta da Constituição é a erradicação dessas negativas restrições da liberdade, e uma afirmação do valor da dignidade e igualdade moral para todos⁴⁰.

Baseado na teoria de Isaiah Berlin sobre a liberdade negativa, Ackermann desenvolveu o conceito de “direito à liberdade residual” localizado no art. 11(1). Assim, ele afirma que a “Seção 11 (1) é concernente com o sentido da liberdade negativa e este é o sentido no qual eu usarei de agora em diante”⁴¹.

Este direito à liberdade residual está amplamente definido como direito negativo “dos indivíduos não terem ‘obstáculos a possíveis escolhas e atividades’ que lhe surjam (para propósitos presentes precisamos ir além) pelo Estado”⁴². A distinção de Berlin entre a liberdade e as condições para o exercício da liberdade⁴³ são expressamente endossadas. De acordo com Berlin:

Isto não é meramente uma distinção pedante, porque se for ignorado, o significado e o valor da liberdade de escolha serão diminuídos. Neste zelo para criar condições sociais e econômicas nas quais a liberdade

lei universal” como o único e original direito que pertence a todo ser humano como característica da sua humanidade.

³⁸ Veja a citação (ibid no fn 36) da definição de Karl Popper *The open society and its enemies* vol. 1, 4. ed. (1962), p. 173.

³⁹ Ferreira (n. 6) § 51.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid § 52.

⁴² Ferreira (n. 6) § 54. Esta definição está baseada em Berlin (n. 8) na xxxix. A decisão canadense no *R v Big M Drug Mart* (1985) 13 CRR 64, p. 97, é também citado em apoio à concepção de liberdade implica primariamente a abstenção de coerção ou constrangimento.

⁴³ Ferreira (n. 6) § 52.

sozinha é um valor genuíno, os homens tendem a esquecer a liberdade em si, e se isto é lembrado, é suscetível de ser posto de lado para dar espaço para estes outros valores com os quais os reformadores ou revolucionários ocuparam-se previamente... Para prover as necessidades materiais para educação, para a igualdade e segurança, como por exemplo para as crianças terem escola e existirem leigos em uma teocracia, não se necessita expandir a liberdade. Nós vivemos em um mundo caracterizado por regimes (de direita ou de esquerda), que fizeram, ou estão procurando fazer, precisamente isto; e quando eles chamam isto de liberdade, isto pode ser uma fraude tão grande como a liberdade do pobre que tem o direito legal de possuir bens de luxo. De fato, uma das coisas que Dostoievski demonstrou na fábula do Grande Inquisidor em *Os Irmãos Karamazov* foi precisamente que o paternalismo pode prover as condições de liberdade, ainda que sem a liberdade em si.⁴⁴

O Juiz Ackermann esclareceu que esta concepção abrangente de liberdade “não nega ou impede a validade constitucional, e reforça o papel essencial da intervenção do Estado na economia, tanto quanto na esfera civil e política”⁴⁵. Cada intervenção do Estado, de acordo com o Juiz Ackermann, “é essencial para resolver o paradoxo da liberdade ilimitada (onde liberdade em último caso destrói a si mesma) em todas as esferas”⁴⁶. Isto requererá, algumas vezes, “escolhas difíceis” entre direitos potencialmente conflitantes e valores, tais como o direito à liberdade e à igualdade que não são sempre conciliáveis⁴⁷.

⁴⁴ Berlin (n. 6) em iii-iv, citado em Ferreira (n. 6) § 52.

⁴⁵ Ferreira (n. 6) § 52.

⁴⁶ Neste ponto ele cita o ponto de vista de Popper (n. 33), v. II, p. 124-125: “Sob estas circunstâncias liberdade econômica ilimitada pode ser somente defendida como liberdade física ilimitada, e o poder econômico pode estar perto da violência física: aqueles que possuem mais do que somente a comida, podem forçar os famintos em uma servidão livremente aceita, sem o uso de violência. E assumindo o Estado os limites desta atividade de supressão da violência (e para a proteção da propriedade), a minoria que é economicamente mais forte pode neste caso explorar a maioria que é economicamente mais fraca”.

⁴⁷ Ferreira (n. 6) § 53 a 54.

Contudo, como Chaskalson (como ele era então) assinalou no seu julgamento, por maioria, a regulamentação estatal que interfere nas escolhas e atividades das pessoas deveria requerer fundamentação em termos estritos dos requerimentos das cláusulas de limitação geral, que, sob a égide da Constituição transitória, foi incorporada necessariamente em limites específicos⁴⁸. Medidas reguladoras são, assim, concebidas não como uma parte integrante da “liberdade” como um direito e um valor, mas como restrição dos mesmos, demandando uma justificação por parte do Estado. Neste contexto, a maioria refere-se à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Lochner v. Nova York*⁴⁹ como um exemplo do perigo de uma construção constitucional muito ampla do conceito de liberdade. Neste caso, a previsão legal de máximo de horas de trabalho foi invalidada, sob o argumento de violar a liberdade de contratar assegurada pela Constituição dos Estados Unidos. O Professor Lawrence Tribe observa que esta decisão deve ser compreendida como estando arraigada “não na intervenção judicial para a proteção da ‘liberdade’, mas na errônea compreensão do que a liberdade realmente requeria na era industrial”⁵⁰. Embora a maioria da Corte discordasse do ponto de vista do Juiz Ackermann sobre a larga proteção concebida sobre o 11(1) sobre um sem número de direitos de liberdade residuais⁵¹, isto assegurou que o direito de liberdade no art. 11 não estava necessariamente confinado à proteção da integridade física: “Liberdade envolve muito mais do que isto, e não devemos hesitar em dizer isto se a ocasião demandar. Mas por causa por causa das provisões detalhadas do Capítulo 3, estas ocasiões parecem ser raras”⁵².

O restante do julgamento de Ackermann responde aos argumentos da maioria contrária ao reconhecimento constitucional de um direito à liberdade

⁴⁸ Ferreira (n. 6) § 173-74. Seção 11 da Constituição transitória foi incluído na categoria dos direitos que, além de ser racionais e justificáveis em uma sociedade aberta e democrática baseada na liberdade e igualdade, devem também ser necessariamente (art. 33(1)). Um teste de proporcionalidade estrita é, entretanto, necessário quando acessadas as limitações para o art. 11 e os outros direitos listados no art. 33 (aa) e (bb).

⁴⁹ 198 US 45 (1905).

⁵⁰ L H Tribe *American Constitutional Law* 2. ed. (1998), p. 769.

⁵¹ Ferreira (n. 6) § 170-83.

⁵² *Ibid* § 184. No final, a maioria da Corte chegou à mesma conclusão que o juiz Ackermann, sobre uma base similar de avaliação substantiva da Constitucionalidade do art. 417 (2)(b) dos atos *Companies* 61 de 1973 até a combinação de desenvolvimento de uma aproximação objetiva do *locus standi* e no direito expresso contra a autoincriminação inerente ao direito de um julgamento justo garantido pelo art. 25 (3).

residual e geral localizado no art. 11⁵³. Ele também contém uma detalhada evolução do direito comparado referente ao direito contra a autoincriminação, a específica aplicação do direito aos fatos do caso e do remédio adequado a ser aplicado utilizado em inconstitucionalidades identificadas no que diz respeito ao art. 417 do “Companies Act 61” de 1973. No entanto, para os fins deste artigo, eu focarei na concepção de liberdade “negativa” desenvolvida por Ackermann e as suas implicações para a nossa compreensão de “liberdade” como um valor informador da nossa interpretação dos direitos constitucionais, especialmente os direitos socioeconômicos. Embora possa ser argumentado que a concepção de liberdade de Ackermann como liberdade negativa foi confinada ao direito de liberdade residual que ele encontrou no art. 11(1), seu endosso ao ponto de vista de Berlin ao perigo de combinar o conceito de liberdade com as condições para o seu exercício tem implicações na nossa interpretação de liberdade como valor e o seu papel na interpretação de outros direitos constitucionais.

2.2 RECONCEITUAÇÃO DA LIBERDADE

O julgamento de Laurie Ackermann em *Ferreira v. Levin NO* é de fundamental importância para esclarecer o significado de liberdade como um valor na nossa jurisprudência de direitos constitucionais. O seu julgamento ilumina dimensões de liberdade que são geralmente relevantes para as sociedades contemporâneas e tem uma particular ressonância com o espírito libertador da Constituição sul-africana. Duas dimensões inter-relacionadas podem ser diferenciadas neste julgamento. A primeira dimensão concerne com nossa capacidade para a autodeterminação, no sentido de desenvolvimento do significado e propósito de fazer as próprias escolhas para a vida, de acordo com este entendimento⁵⁴. Nesse aspecto, a liberdade está conectada com as aspirações das pessoas para se tornarem autônomas, como afirmou Jennifer Nedelsky, ser capaz de encontrar um caminho e viver de acordo com a sua própria lei⁵⁵:

“A própria lei” tem a conotação de valor, limite, ordem, mesmo comando, no sentido mais convencional de uso do termo. Mas estes valores e demandas vêm de dentro das pessoas, ao invés de serem impostas de fora. A ideia

⁵³ Veja, por exemplo, sua resposta a “Lochner ghost” in *Ferreira* (n. 6), § 65.

⁵⁴ Este aspecto emergiu particularmente da inter relação entre liberdade e dignidade humana explicada por Ackermann J. in *Ferreira* (n. 6), §§ 49-50.

⁵⁵ J. Nedelsky “Reconceiving autonomy: Sources, thoughts and possibilities” (1989) 1 *Yale Journal of Law and Feminism* 7 a 10.

de que são comandos que alguém reconhece como seu próprio, requerimentos que constroem uma vida, bas vem do significado ou propósito desta vida, captura a conexão essencial entre a lei e a liberdade – que é talvez a essência do conceito de autonomia.⁵⁶

Em segundo, liberdade engloba não somente a ausência direta de formas de coerção e controle, mas também a liberdade contra “formas indiretas de controle que determinam ou limitam alternativas de conduta disponíveis para os outros”⁵⁷. Este aspecto está implícito na insistência de Ackermann no inter-relacionamento entre liberdade e o propósito constitucional de uma sociedade aberta e democrática⁵⁸, e a sua compreensão da negação da liberdade na era do *apartheid*⁵⁹. Nesse sentido, liberdade é uma palavra que tem uma conotação própria, ser capaz de influir em decisões que têm um impacto significativo na própria vida. Tratar seres humanos como pessoas com valor moral igual requer a criação de condições e mecanismos de participação, e ter uma influência no significado das decisões que nos afetam. Isto é indispensável para assegurar que tenhamos uma medida de controle e autonomia sobre nossas vidas nas sociedades contemporâneas, nas quais dependemos do Estado para regular e distribuir uma vasta gama de recursos e serviços econômicos e sociais.

Contudo, a definição de Ackermann sobre o direito residual à liberdade “negativa” como o direito de todos de não ter “obstáculos a escolhas possíveis e atividades” disponibilizadas pelo Estado não faz justiça à riqueza do conceito de liberdade que está implícito no seu julgamento quando se o considera como um todo. Seguindo Berlin, Ackermann está preocupado em excluir da definição de liberdade as condições sociais que habilitam e capacitam as pessoas a se tornarem autônomas no sentido antes referido. Como discutido anteriormente, ele prefere caracterizar a atividade regulatória do Estado como tendo por objetivo a criação dessas condições; assim, a limitação dessa liberdade requereria uma justificação em termos de uma limitação por cláusulas gerais.

Embora ele insista que esta concepção de liberdade não é baseada em uma concepção específica, isolada do indivíduo⁶⁰, liberdade compreendida

⁵⁶ Ibid em 10-11 (nota de rodapé omitida).

⁵⁷ Per Dickson CJC em R v Big M Drug Mart (n. 37) em 97, citado em Ferreira (n. 6) n. 61.

⁵⁸ Ver Ferreira (n. 6), § 50.

⁵⁹ Ibid § 51.

⁶⁰ Ibid § 52. Veja também Ackermann J's comentários a *Bernstei v. Bester* 1996 (2) SA 751 (CC) § 67.

como simplesmente a ausência de constrangimento ou obstáculos de possíveis escolhas, deixa de reconhecer que a experiência de liberdade é uma capacidade do ser humano que deve ser desenvolvida em um contexto social. Nedelsky explica:

Eu falo de “vir a ser” autônomo porque eu penso que isso não é simplesmente uma qualidade posta à disposição do ser humano. Nós devemos desenvolvê-la e sustentá-la para encontrar nossa própria lei, e a tarefa é a de compreender de que forma os comportamentos sociais, relacionamentos e a prática pessoal promovem esta capacidade.⁶¹

Nossas habilidades para desenvolver uma medida de direcionamento próprio e controle nas nossas vidas depende de uma rede de relacionamentos sociais que nos ajude a desenvolver e sustentar esta capacidade⁶². De fato, é somente por meio de relacionamentos positivamente dependentes que desenvolvemos nossa capacidade para pensamentos e escolhas relativamente independentes. Como Robin West argumenta:

Como uma espécie, não somos somente criaturas interdependentes, nós também somos, por períodos substanciais, integralmente dependentes dos outros, e outros são profundamente dependentes de nós. Estes fatos simples da existência humana, em um grau considerável, marcam nossa espécie, definem e constituem nosso senso moral e formam a base da nossa natureza social... E, quando nós estamos agindo com o dever de cuidado, nós precisamos não de direitos que falsamente pressuponham nossa autonomia e

⁶¹ Nedelsky (n. 50), p. 10.

⁶² Como argumenta Nedelsky (n. 50), p. 24-5: “Autonomia é a capacidade de existir somente no contexto de relações sociais que a suportam e somente em conjunção como o senso interno de ser autônomo. Autonomia é uma capacidade, mas é inimaginável sem o sentimento ou experiência de ser autônomo. A capacidade pode ser destruída por ser objeto da arbitrariedade e pelo poder de dano de terceiros. Poder de relacionamentos são, nesse sentido, um objetivo verdadeiramente externo. Para ser autônomo uma pessoa deve sentir um senso do seu próprio poder (o que não significa poder sobre terceiros), e este sentimento somente é possível dentro de uma estrutura de relacionamento que conduza à autonomia”.

independência, mas direitos que de forma franca reconheçam nossa realidade relacional.⁶³

A experiência de autonomia é, portanto, aquela que é construída e fomentada nas escolhas que fazemos sobre como organizamos nossa sociedade e economia, em benefício, recursos e oportunidades que são disponibilizadas ou negadas. Isto nos obriga a examinar qual, entre particulares contextos políticos, econômicos, sociais e culturais, as relações sociais aumentam em vez de diminuir a capacidade das pessoas de se autodeterminar. Além disso, isto requer não simplesmente liberdade quanto a restrições impostas de fora, mas o estabelecimento de condições nas quais as pessoas têm uma genuína abrangência de opções disponíveis para escolha nas várias esferas da vida humana. Finalmente, isto requer estabelecer uma grande quantidade de medidas hábeis para permitir uma significativa participação nas decisões que afetam as suas vidas. Se a liberdade como um direito e um valor tem algum significado substantivo para as pessoas nas democracias modernas, particularmente aqueles que são social e economicamente desfavorecidos, não podem omitir do seu ambiente as condições materiais das quais a experiência de autonomia depende.

Acredito que a destacada preocupação do Juiz Ackermann em estabelecer uma clara distinção entre as liberdades negativa e positiva é uma preocupação com o fato de que as intervenções sociais para criar condições positivas de liberdade possam determinar leis paternalistas que venham a destruir a experiência de autonomia. Esta preocupação deve ser seriamente considerada, uma vez que há, sem dúvida, formas pública e privada de agir e regulamentar que diminuam mais do que aumentam o senso das pessoas de ser autônomo. Isto é particularmente o caso quando o fornecimento de benefícios sociais é estruturado de forma que as pessoas são identificadas como objeto dos benefícios estatais, em vez de participarem ativamente na definição desses benefícios, de forma que venham no encontro de suas necessidades⁶⁴. Contudo, a solução não é criar uma falsa dicotomia entre liberdade e intervenção coletiva, e confinar nosso conceito constitucional de liberdade ao conceito de “liberdade negativa”. Liberdade

⁶³ R West “The constitution and the obligations of government to secure the material preconditions for a good society” (2001) 69 Fordham LR, p. 31.

⁶⁴ Para uma discussão sobre a dinâmica no contexto social de programas de bem-estar e suas implicações teóricas, veja S. Liebenberg “Needs, rights and transformation: Adjudicating social rights” (2006) 17 Stell LR 5, p. 9-10 (referring to N Fraser “Social justice in the age of identity politics: Redistribution, recognition and participation” in N Fraser & A Honneth Redistribution of Recognition?: A political-philosophical Exchange (2003), p. 76-8.

como um valor e como um direito está melhor servida pelo reconhecimento, nas palavras de Nedelsky, de que há “uma real e duradoura tensão entre o individual e o coletivo, e qualquer bom sistema político identificará isto”⁶⁵. Uma noção remodelada de liberdade deve reconhecer que o “coletivo não é simplesmente uma ameaça potencial aos indivíduos, mas é constitutivo deles mesmos, e além, uma fonte de suas autonomias, bem como um perigo a ela”⁶⁶. Como Nedelsky apontou, será inevitável a troca entre o exercício de poder da coletividade e a responsabilidade pelo Estado, e um exercício livre de escolha individual⁶⁷. O desafio para uma noção de reconhecimento da autonomia é vislumbrar caminhos que estruturam os exercícios de poder da coletividade, habilitando as pessoas “a se sentirem áptas, efetivas, capazes de exercer algum controle sobre suas vidas, ao invés de sentirem-se passivas, indefesas e dependentes”⁶⁸. A “permanente tensão” entre os reflexos individuais e coletivos de nossa mútua interdependência e a luta para se ter certeza de que esta interdependência é conducente à autonomia, em vez de destrutiva⁶⁹.

Deparar-se com esse desafio também requer transcender à clássica teoria liberal de identificação da liberdade com a esfera privada, regulada pelas regras da *common law* sobre propriedades e contratos. Nessa visão de mundo, o reino limitado da liberdade privada de transação deve ser protegido do exercício do Poder Público e da intervenção pelas instituições coletivas, como os poderes políticos⁷⁰. Contudo, como Nedelsky e outros observaram, esta concepção da naturalidade e neutralidade das regras da *common law* falharam em reconhecer como o poder estatal estrutura e reforça a rede de relacionamento englobada por eles. Como Nedelsky observa:

A *common law* tem sido instruída e moldada por concepções particulares de justiça, liberdade e progresso. As “regras neutras do jogo” correspondem a uma visão particular da boa sociedade que dá vantagens

⁶⁵ Nedelsky (n. 50), p. 21.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid., p. 22.

⁶⁸ Ibid., p. 25.

⁶⁹ Ibid., p. 20.

⁷⁰ Ibid., p. 15-17.

para alguns membros sobre outros sistematicamente, se não, de forma perfeitamente previsível.⁷¹

O foco dos clássicos direitos liberais era, portanto, a proteção da “liberdade” das entidades privadas contra o Estado, e não implica em afirmações positivas para ajudar as relações públicas e privadas baseadas nas diferenças sociais e na subordinação⁷². O efeito dessas concepções era, e continua a ser, o isolamento relativo do relacionamento das leis privadas de controle e de avaliação em termos de seu impacto sobre a liberdade das pessoas para evitar relacionamentos opressivos e humilhantes.

A implicação dos argumentos desenvolvidos nesta parte é que a regulação do Estado e a sua intervenção para assegurar a distribuição de recursos e benefícios que garantirão a todas as pessoas desenvolver as suas capacidades de autonomia não deve ser concebida como limitação da liberdade, mas como integração da concepção constitucional de liberdade. Em resumo, nossa compreensão da liberdade como um valor deve se estender além da liberdade “negativa” para abarcar também a liberdade “positiva”. Os direitos socioeconômicos que estão constitucionalmente enraizados na Constituição de 1996 são uma expressão de um acordo de liberdade positiva⁷³. Contudo, os meios atuais de legislar e adotar políticas e programas que são adotados para dar efeito a essa nova noção de liberdade devem ser consistentemente examinados e reavaliados para garantir que eles promoverão o senso das pessoas de se apoderarem e controlarem as suas próprias vidas. Como Nedelsky afirmou:

Nós devemos, por exemplo, perguntar se ações oficiais nessas circunstâncias particulares negam aos

⁷¹ Ibid., p. 19. Veja também L A Williams “Beyond labour law’s parochialism: A re-envisioning of the discourse of redistribution em J Conaghan”, R M Fischl & K Klare (Eds) *Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities* (2002) 93, p. 96-97; H Botha “Democracy and rights: Constitutional interpretation in a postrealist world” (2000) 63 *THRHR* 561, p. 567.

⁷² Veja-se mais especificamente L M Seidman “Critical constitutionalism now” (2006) 75 *Fordham LR* 575.

⁷³ Como argumenta Cécile Fabre “Constitutionalising social rights” (1998) 6 *The Journal of Political Philosophy* 263, p. 267: “Assim como autonomia poderosamente justifica os direitos civis e políticos constitucionais, também justifica atribuí-los a um direito social a rendas decentes, educação, moradia e saúde. Dar esses recursos às pessoas é importante porque sem eles as pessoas não são capazes de desenvolver as capacidades físicas e mentais necessárias para serem autônomas. Se estamos com fome, sede, frio, doentes e analfabetos, se vivemos constantemente sob o jugo da pobreza, não podemos decidir sobre o significado da concepção de uma vida boa, não podemos fazer planejamento de longo prazo, em resumo, temos pouquíssimas condições de controlar nossa existência”.

beneficiados o respeito básico ou os tratam de forma que eles sejam menos capazes de entender o que lhes está acontecendo, menos capazes de participar efetivamente das decisões que afetam suas vidas, menos capazes de definir e possuir seus próprios objetivos – em resumo, de forma que dificulte mais do que promova suas capacidades de encontrar e viver suas próprias leis.⁷⁴

Esta é uma concepção mais valorosa de liberdade que simplesmente liberdade do estado de interferência, refletindo a interdependência entre o bem-estar individual e coletivo, embora reconhecendo a inevitável tensão entre os dois. Não só encoraja, mas exige programas sociais e econômicos que facilitem o desenvolvimento das capacidades das pessoas. Ao mesmo tempo, adverte-nos a se manter alerta para exercícios de poder de Estado que resultem impotência, manipulação burocrática e perda de controle. Este tipo de intervenção não está em consonância com o conceito constitucional de liberdade.

No seção seguinte, eu examino a teoria da capacidade desenvolvida por Amartya Sen como uma ilustração de uma justificação filosófica para a liberdade positiva.

2.3 A ABORDAGEM DAS CAPACIDADES DE SEN

Uma tradição em desenvolvimento econômico e filosófico que procurou justificar os direitos civis e políticos, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais em termos de seu potencial para aumentar a liberdade é a abordagem das capacidades de Amartya Sen⁷⁵. As capacidades humanas permitem formar um quadro de avaliação para asseverar se as pessoas têm “a oportunidade de alcançar combinações valorativas de funcionalidades humanas: elas focam nossa atenção naquilo que uma pessoa é capaz de fazer ou ser”⁷⁶. Sen enxerga

⁷⁴ Nedelsky (n. 50), p. 34.

⁷⁵ A Sen “Elements of a theory of human rights” (2004) 32 *Philosophy and Public Affairs* 315. Para Sen, a meta de desenvolvimento deveria ser expandir as capacidades das pessoas “para dirigir o tipo de vida que eles valorizam – e têm razão para valorizar”. A Sen *Development as Freedom* (2001), p. 18. Veja também A Sen & M Nussbaum (Eds) *The Quality of Life* (1993). Para uma justificativa de direitos socioeconômicos no contexto da África do Sul baseado na abordagem das capacidades de Sen, veja J Froneman “Enforcing socio-economic rights under a transformative constitution: The role of the courts” (2007) 8 (1) *ESR Review* 20.

⁷⁶ Veja Sen “Elements of a theory of human rights” (70), p. 332.

os direitos humanos como “compromissos sociais na defesa de razões públicas éticas”⁷⁷. A liberdade situa-se no coração de sua concepção de direitos humanos, que ele considera “como a condição humana apropriada na qual se concentra”, em vez de utilidade formal pelo prazer ou cumprimento de desejos⁷⁸.

As duas dimensões distintivas da liberdade que demandam um reconhecimento especial, de acordo com Sen, são as oportunidades substantivas e a liberdade de processos⁷⁹. A ideia de “capacidade” é de especial relevância para os aspectos de oportunidade de liberdade por permitir a apropriada distinção entre “(1) o que a pessoa valoriza fazendo ou sendo, e (2) o significado que ela tem para alcançar o que ela valoriza”⁸⁰.

Pode ser argumentado que a abordagem das capacidades é muito ampla para orientar sobre as capacidades que devem ser valoradas no nosso direito jurisprudencial socioeconômico⁸¹. Contudo, uma importante contribuição da abordagem das capacidades é aquela que foca nossa atenção não simplesmente se as pessoas têm renda suficiente, mercadorias ou outras coisas, mas naquilo que as pessoas são potencialmente e fazem por meio de seus acessos a estes direitos. Isto também ilumina o fato de que pessoas podem ter uma grande quantidade de oportunidades diferentes, mesmo se tiverem acesso aos mesmos

⁷⁷ A Sen “Human rights and development” em B A Andreassen & S P Marks (Eds) *Development as a Human Right: Legal, Political and Economic Dimensions* (2006) 1, p. 3 e 6.

⁷⁸ Sen “Elements of a theory of human rights” (n. 70), p. 328-29. Martha Nussbaum (que colaborou com Sen em vários projetos) redigiu uma ligação mais direta entre a abordagem das capacidades e os direitos humanos universalmente conhecidos. Ela desenvolveu uma lista das capacidades humanas funcionais as quais, ela argumenta, têm um clamor especial para dar suporte para propósitos políticos em uma sociedade plural, por causa de sua importância “em fazer qualquer escolha de um caminho possível de vida”: M C Nussbaum *Women and Human Development: The Capabilities Approach* (2000), p. 74-5 (veja também M C Nussbaum “Capabilities, human rights, and the Universal Declaration” em B H Weston & S P Markis (Eds) *The future of International Human Rights* (1999), p. 25. Ela argumenta que a Declaração Universal dos direitos dos homens (1948) (que incorpora uma abordagem holística civil e política, bem como econômica, social e cultural dos direitos) é melhor compreendida como expressando “as conclusões normativas que nós esboçamos das capacidades básicas”. Sen enfatizou grandemente a abordagem das capacidades como definindo o problema objeto das razões públicas, sem substituir as necessárias razões públicas. Esta é uma das razões porque Sen reluta em concordar com a pesquisa de Nussbaum por uma abrangente “lista canônica” de habilidades (Sen “Elements of a theory of human rights” (n. 70), p. 333.

⁷⁹ Sen “Elements of a theory of human rights” (n. 70), p. 330.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 332.

⁸¹ Veja, por exemplo, Bilchitz (n. 24), p. 10-12.

tipos de recursos⁸². Sen dá o exemplo de uma pessoa que está vivendo com uma deficiência e por isso produz menos com os mesmos recursos do que uma pessoa totalmente capaz faria⁸³. Isto ajuda a explicar porque é justificável expandir grandes recursos a grupos em desvantagens, para capacitá-los a desfrutar de oportunidades similares. Finalmente, Sen insiste na necessidade de debate e na reflexão pública sobre se as políticas econômicas e sociais que fomentam as liberdades substantivas dão oportunidade para os vários grupos na sociedade avaliarem, refletirem por deliberação, criando meios de participação para medirem as implicações da abordagem das capacidades para a liberdade em diferentes contextos concretos. Isto está de acordo com o compromisso constitucional de estabelecimento de processos abertos e de participação democrática⁸⁴.

Concluindo, o valor da liberdade nos ajuda a ver que os direitos socioeconômicos não são simplesmente mercadorias a serem dispensadas a cidadãos passivos. Esses direitos podem aumentar o desenvolvimento e a experiência de autonomia por meio do fomento de políticas positivas econômicas e de relacionamento social. Na sequência, examinaremos as implicações desse conceito de liberdade para a interpretação dos direitos socioeconômicos na Constituição.

3 AS IMPLICAÇÕES DA LIBERDADE PARA A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS

3.1 REFORÇANDO O VALOR DA LIBERDADE EM REVISÕES RACIONAIS

Afirmei na parte I que nos recursos pode ser dado um maior valor ao conteúdo substancial pelo reforço do papel dos valores constitucionais no desenvolvimento da interpretação dos discretos direitos socioeconômicos protegidos pelos arts. 26 e 27, e na crítica ao valor dos fundamentos de atos e omissões estatais. Tal implicará em que os Tribunais foquem mais em soluções sistemáticas e pautadas por princípios baseadas nos valores embasados em

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Veja genericamente I Currie & J de Waal *The Bill of Rights Handbook* 5. ed. (2005), p. 13-18.

casos específicos e no impacto que a negação de direitos relevantes têm para grupos que os demandem⁸⁵.

Diferentes tipos de casos de direitos socioeconômicos implicarão destacar mais um ou outros valores ou direitos inter-relacionados. A Corte Constitucional tem se comprometido com o valor da dignidade⁸⁶ e da igualdade na interpretação dos direitos socioeconômicos⁸⁷. É importante que o valor da liberdade também seja considerado no desenvolvimento do conteúdo dos direitos socioeconômicos e na avaliação da observância pelo Estado das obrigações impostas por esses direitos. Isto implicará no caso, em examinar se a falta de acesso a um recurso econômico ou social específico demandado restringe a capacidade das pessoas de desenvolver a sua autodeterminação, forçando-as a relações de desigualdade e opressão por causa das necessidades econômicas. Isto requererá, também, que as evidências necessárias sejam apresentadas à Corte em nome dos litigantes, para possibilitar a sua apreciação.

A pobreza na infância pode ter um impacto particularmente profundo sobre o desenvolvimento das capacidades das crianças e a sua entrada nas relações sociais e econômicas de forma coercitiva e por exploração. Isto inclui altas taxas de abandono escolar e envolvimento com as formas mais nocivas de trabalho infantil, incluindo a exploração sexual e a corrupção de menores, induzindo-os ao cometimento de crimes⁸⁸. Como resultado, as opções de futuro das crianças são severamente limitadas, e, como jovens adultos, ficam aprisionados em um ciclo de pobreza e exploração. No caso TAC⁸⁹, a Corte Constitucional sustentou que a rígida e inflexível política governamental sobre a implantação por meio do setor de saúde pública do tratamento antirretroviral na forma de dose única da droga Nevirapine para mães e crianças, de forma a reduzir substancialmente o risco da transmissão de HIV da mãe para a criança, teve profundos efeitos nas crianças nascidas em hospitais e clínicas públicas, para mães que eram muito pobres para obter o tratamento necessário por meio do setor de saúde privado⁹⁰. A Corte

⁸⁵ Veja também nesse sentido Pieterse (n. 25), p. 406-7.

⁸⁶ Veja acima (n. 23) e texto anexo.

⁸⁷ Veja Khosa (n. 17).

⁸⁸ Veja, por exemplo, o estudo de D Budlender & I Woolard *The impact of the South African Child Support and Old Age Grants on Children's Schooling and Work* (2006) Organização Internacional do Trabalho (OIT), Genebra.

⁸⁹ TAC (n. 16).

⁹⁰ *Ibid* §§ 78 e 79.

sustentou que: “Suas necessidades são “muito urgentes” e suas incapacidades para obter o Nevirapine afetam profundamente suas possibilidades de alcançar todos os direitos de que são titulares”⁹¹.

Negar esta intervenção médica essencial, endossado por grande parte dos especialistas nacionais e internacionais de saúde, destruiu toda a base para o desenvolvimento do futuro de crianças pobres. Neste contexto, as expôs a um risco substancial de contágio pelo HIV, resultando na destruição de suas capacidades para se tornarem adultos autônomos. A seriedade do impacto da negação desse tratamento, por sua vez, afetou o rigor com que a Corte examinou as justificativas das políticas baseadas em recursos para confinar o tratamento correspondente a um número limitado de experiências piloto em cada província. Por exemplo, uma das justificações oferecidas pelo Governo para recusar-se a expandir os recursos para Nevirapine por meio da saúde pública foi a preocupação de que a administração desta terapia poderia levar ao desenvolvimento de resistência à droga e outros retrovirais relacionados em poucos anos⁹². A esse respeito, a Corte ponderou, pelas evidências médicas apresentadas, que o peso desse risco era pequeno em relação aos benefícios do fornecimento de Nevirapine às mães e seus bebês no momento do nascimento: “As perspectivas de a criança sobreviver se infectada são tão limitadas e a natureza do sofrimento tão grave que o risco de manifestação de alguma resistência em algum estágio no futuro é algo que vale à pena correr”⁹³.

Outro exemplo de como o valor da liberdade pode embasar uma revisão da razoabilidade de um contexto de reivindicações de direitos socioeconômicos é o julgamento da Corte em *Khosa v. Ministério de Desenvolvimento Social; Mahlaule v. Ministério do Desenvolvimento Social*⁹⁴. Este caso diz respeito a um desafio, em termos do art. 27(1)(c) e (2) (assistência social) e art. (9) (equidade) da Constituição, por um grupo de residentes permanentes para a promulgação de uma legislação de assistência social⁹⁵, que limitavam o pagamento de subsídios somente aos cidadãos sul-africanos. No seu julgamento na Corte, o Juiz Mokgoro sublinhou que o impacto da negação de acesso aos subsídios sociais manteria os moradores na pobreza. Não somente eles são “relegados à margem

⁹¹ Ibid § 78.

⁹² Ibid § 52.

⁹³ Ibid § 59.

⁹⁴ *Khosa* (n. 17).

⁹⁵ O ato sobre assistência social 59 de 1992 e o ato de emenda legal sobre o bem estar n° 106, de 1997.

da sociedade”, mas eles são privados do suporte social essencial requerido para capacitá-los a usufruir seus outros direitos constitucionais e liberdades⁹⁶. Além disso, negar acesso a esses subsídios aos não cidadãos⁹⁷, poda-lhes o papel de “requerentes” e coloca um enorme fardo nas comunidades pobres de onde essas pessoas provém⁹⁸. Então, em vez de confirmar o prevalecente discurso neoliberal de que o Estado de bem-estar social promove a passividade e a dependência do Estado, ela destacou o seu papel na criação das condições de possibilidade para o usufruto de todos os direitos e para o alargamento da independência e dignidade do destinatário nas relações comunitárias. Mokgoro também ressalta a interdependência entre o bem-estar individual e o bem-estar comunal, quando escreveu que:

Dividir responsabilidades pelos problemas e as consequências da igualdade da pobreza de forma comunitária, representa estender aos membros mais ricos de uma comunidade a visão de que o bem estar mínimo dos pobres está conectado com o seu bem estar pessoal, e o bem estar de toda a comunidade. Em outras palavras, decisões sobre a alocação dos benefícios públicos representa a forma de igualdade pela qual a população pobre deve ser tratada, como um membro da sociedade.⁹⁹

Onde um grupo desfavorecido é privado do acesso dos recursos sociais ou econômicos básicos correspondentes aos direitos insertos nos arts. 26 e 27, e o impacto dessa privação é severo, a Corte deve requerer uma justificação específica por parte do Estado¹⁰⁰. Na avaliação da severidade do impacto, a Corte deve considerar as implicações para outros direitos e valores relacionados, como o direito à vida, liberdade, igualdade e a dignidade humana. Quando da avaliação da privação, mesmo da menor parcela do valor da liberdade, uma Corte deve

⁹⁶ Khosa (n. 17) § 77.

⁹⁷ N. Tradutor: A partir do final da década de 1970, os negros foram privados de sua cidadania, tornando-se legalmente cidadãos de uma das dez pátrias tribais autônomas chamadas de bantustões. Extraído do site: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Apartheid>, 20/06/2012, às 0:55h.

⁹⁸ Ibid § 76.

⁹⁹ Ibid § 74 (nota de rodapé omitida).

¹⁰⁰ Isto é ilustrado pela rigorosa avaliação das justificativas para os recursos estatais e políticas ibid §§ 53-67.

estar alerta para as formas pelas quais a negação do acesso a esse direito da aso à exploração e coerção econômica e dos relacionamentos sociais. Os Tribunais devem também examinar, no contexto do caso, em que a extensão à privação em questão impede o desenvolvimento da capacidade do grupo afetado de se transformar em autônomo, no sentido do seu desenvolvimento anterior.

3.2 PROMOVENDO A PARTICIPAÇÃO NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS

O principal fator de contribuição ao senso de impotência e falta de autonomia é a falta de oportunidade de externar nossas preocupações em relação às decisões que têm grande impacto sobre as nossas vidas. Significativas participações nas decisões que afetam nossas vidas são a afirmação da estreita ligação entre a liberdade e a dignidade humana, que o Juiz Ackermann tanto defendeu¹⁰¹. Não é só dando às pessoas um senso de controle sobre as suas vidas, mas isto afirma o seu valor igual, como um membro de uma política social. Como Ackermann observou no caso da Coalizão Nacional da Igualdade para Gays e Lésbicas *v.* Ministério da Justiça¹⁰²: “Dignidade é um conceito difícil de se captar em termos precisos. Ao menos, está claro que a proteção constitucional da dignidade requer de nós que reconheçamos o valor e valorizemos individualmente a todos como membros da sociedade”¹⁰³.

Participação em processos públicos e privados de construção de decisões não é somente uma afirmação da dignidade e liberdade individual, mas dá substância ao conceito de democracia participativa e deliberativa. Esta é a melhor leitura do valor da responsabilidade responsiva e de democracia aberta na Constituição¹⁰⁴. No caso “Médicos para a vida internacional” *v.* Oradores da Assembleia Nacional e outros¹⁰⁵, o Juiz Ngcobo percebeu que “a participação democrática é de especial importância para aqueles que estão relativamente

¹⁰¹ Ferreira *v.* Levin NO (n. 6).

¹⁰² 1999 (1) SA 6 (CC).

¹⁰³ Ibid § 28.

¹⁰⁴ Section 1 (d) da Constituição.

¹⁰⁵ 2006 (6) SA 416 (cc). Sachs J escreveu em um sentido similar no caso Ministério da Saúde e outros NO *v.* New Kliks South Africa (Pty) Ltd. e outros (treatment Action Campaign e outros como amicus curiae) 2006 (2) SA 311 (cc) § 627: “O direito de falar e ser ouvido é parte do direito a ser um cidadão no sentido mais completo da palavra. Em uma democracia constitucional o diálogo e o direito de ter a voz em negócios públicos é constitutivo da dignidade”.

fragilizados em um país como o nosso, onde há grande disparidade na riqueza e sua influência”¹⁰⁶.

Frank Michelman construiu uma tese para os direitos socioeconômicos em termos de participação democrática, argumentando que esses direitos constituem “o pré-requisito universal que está na base da efetiva participação na representação democrática”¹⁰⁷. Assegurando que as pessoas tenham acesso aos recursos que as capacitam a terem livre participação em amplos fóruns de participação política, econômica, social e cultural, é a justificativa para os direitos socioeconômicos. Contudo, o direito de ser ouvido e de participar na produção de decisões que afetam uma vida também tem implicação para a maneira na qual os direitos socioeconômicos são concebidos e implementados. Isto implica no reconhecimento de que as pessoas são titulares para participar como agentes na definição e implementação de suas necessidades. Isto ajuda a evitar a noção paternalista dos direitos socioeconômicos como mercadorias conferidas de forma passiva a beneficiários por legislações benevolentes, por órgãos da burocracia ou pelos Tribunais¹⁰⁸.

Os direitos de participação na tomada de decisão são facilitados por meio de vários mecanismos. No contexto das tomadas de decisão administrativas nas modernas democracias, um mecanismo significativo é o reconhecimento (de várias formas) dos direitos de justiça administrativa, os quais tradicionalmente incluem um direito ao procedimento justo de ação administrativa, incluindo uma audiência e suas reações às decisões contrárias. No contexto da África do Sul, os direitos de justiça administrativa estão constitucionalmente protegidos no art. 33 da Constituição e foi dado efeito por meio da promoção da justiça administrativa pelo Ato 3 de 2000 (“PAJA”)¹⁰⁹. Estes direitos têm desenvolvido

¹⁰⁶ Doctors for Life (99) § 108.

¹⁰⁷ F I Michelman “Welfare rights in a constitutional democracy” (1979) 3 Washington University LQ 659, p. 677. Para uma argumentação similar no contexto da África do Sul, veja N Haysom “Constitutionalism, majoritarian democracy and sócio-economic rights” (1992) 8 SAJHR 451.

¹⁰⁸ Como Nancy Fraser argumenta, o proporcionar bem estar pode estar estruturado de forma que os beneficiários “são atendidos de forma passiva, posicionados como recipientes potenciais de serviços pré-definidos ao invés de serem agentes envolvidos na interpretação de suas necessidades e poderem moldar suas condições de vida” (N Fraser *Unruly Practices: Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory* (1989), p. 18).

¹⁰⁹ Veja § 33(3) da Constituição. No contexto específico, como das relações de trabalho, o direito razoável e justo procedimento administrativo de ação por órgãos como a Comissão para Conciliação, Mediation and Arbitration, é regulada pelas Previsões de Regulações Específicas do Trabalho, Act 66 de 1995. Veja *Sidumo v. Rustenburg Platinum Mines* 2008 (2) BCLR 158(CC) §§ 80-104.

um importante papel no direito das pessoas a subsídios de assistência social¹¹⁰. Os direitos a um procedimento de justiça é protegido no parágrafo 3 da PAJA, e, no parágrafo 4, nos casos em quais uma ação administrativa materialmente significante de procedimento de justiça para as pessoas, no acesso e na proteção de seus direitos socioeconômicos, como disposto a seguir:

Possibilitando-lhes a oportunidade de participar ativamente na provisão da assistência estatal, justiça procedimental pode alcançar mais dando a esses beneficiários o senso de controle, participação e, portanto, significação e valor. Mesmo onde uma audiência supostamente não tem muito como atingir resultados substantivos pelos caminhos..., esta importante função da justiça procedimental não é afetada.¹¹¹

A participação em tomadas de decisões formais e informais também requerem que a informação adequada seja providenciada aos participantes, e que os processos relevantes sejam abertos e transparentes. O direito de acesso às informações é protegido no parágrafo 32 da Constituição, e o Ato de Promoção do Acesso a Informações nº 2 de 2000 (“PAIA”) foi deliberado para por em prática este direito¹¹². O significado desta legislação para o ganho de acesso à informação relativos à realização dos direitos socioeconômicos foi sublinhado por um recente caso decidido pela Alta Corte de Esatern Cape¹¹³. O caso concerne a uma aplicação pelo Serviço Público de Monitoramento de Contabilidade (PSAM), um instituto de pesquisa e advocacia baseado na Rhodes University, Grahamstown, para obrigar o Governo da Província de Eastern Cape a liberar uma cópia integral de um inquérito de “Avaliação Rápida” levado a efeito para aproximadamente 12.000 (doze mil) famílias sobre a sua percepção do Governo e as prestações de serviços¹¹⁴. A pesquisa e advocacia levadas a efeito pela PSAM estão estruturadas na obrigação constitucional do Governo para realizar um

¹¹⁰ Veja N de Viliers “Social grants and the Promotion of Administrative Justice Act” (2002) 18 SAJHR 320; C Plasket “Administrative justice and social assistance” (2003) 120 SALJ 494.

¹¹¹ G Quinot “Case review: An administrative law perspective on ‘bad building’ evictions in the Johannesburg inner city” (2007) 8 (1) ESR Review 25, p. 27. Veja também Nedelsky (n. 50), p. 27.

¹¹² Veja § 32(2) da Constituição.

¹¹³ Public Service Accountability Monitor v. Director General, Office of the Premier: Eastern Cap Provincial Government Case nº 6047/07(E), julgamento não declarado de 29 de maio de 2008.

¹¹⁴ A pesquisa foi compilada pela Universidade de Fort Hare Institute for Socio-economic Research (“PHISER”).

largo espectro de direitos socioeconômicos, com seus recursos disponíveis, e visa a dar ao parlamento e aos cidadãos os meios para segurar os gastos do Governo para o desempenho de seus ministros e outros funcionários públicos¹¹⁵. O primeiro ministro refutou, por enquanto, liberar a cópia integral do inquérito baseado no fato de que trata-se de um documento de planejamento interno, que está sendo incorporado no planejamento de relevantes departamentos provinciais e municipais. Também houve preocupação no sentido de que a divulgação para o público do inteiro teor do relatório poderia resultar em percepções de que os serviços prestados eram realizados¹¹⁶ sob contextos, e, ainda, que o relatório seria publicado de forma sensacionalista¹¹⁷. Foi dito que a consequência seria que a comunicação sincera e a deliberação do relatório entre os principais departamentos de Governo seriam inibidas e que isso seria motivo suficiente para recusar o acesso ao relatório completo, nos termos do parágrafo 44(1)(b) do PAIA.

A Juíza Revelas enfatizou que a transparência e o livre fluxo de informações eram críticos para a justificação da decisão administrativa e executiva¹¹⁸. De acordo com ela, aquela informação “somente deveria ser retida em circunstâncias excepcionais”, e que o inconveniente, o embaraço ou a crença “de que a ‘versão reduzida’¹¹⁹ do relatório em questão serviria melhor aos interesses de todos os interessados’ não constituía embasamento suficiente para vedar o acesso a um relatório tão importante”¹²⁰. O julgamento também destacou os efeitos da vedação das informações ao domínio público, nos termos de uma supressão da visão do povo e da inibição de um debate sincero (franco) sobre aspectos críticos que preocupam as pessoas¹²¹.

Razões de recurso no contexto dos direitos socioeconômicos têm sido acrescidas pela adição de critérios de transparência na avaliação das razões

¹¹⁵ Veja *Public Service Accountability monitor v. Director-Central, Província Governamental de Eastern Cape* (n. 107) § 6 e 9.

¹¹⁶ A tradução direta não contextualiza a ideia que o texto quer informar: Uma interpretação alternativa do trecho seria: “A divulgação do texto integral do relatório poderia passar a percepção de que as ações não são planejadas, mas apenas realizadas por pressões externas e que a mídia poderia dar um tratamento sensacionalista à matéria”.

¹¹⁷ *Ibid* § 15.

¹¹⁸ *Ibid* § 23.

¹¹⁹ A expressão do texto era higienizada (sanitized).

¹²⁰ *Ibid* § 24.

¹²¹ *Ibid* § 25.

dos programas de Governo. Assim, nesse “TAC case”¹²², a Corte Constitucional destacou a importância de uma larga base de participação da sociedade civil e do Governo e a colaboração na resposta à magnitude do desafio encarado pelo país no que tange ao HIV/AIDS¹²³.

No que tange à expulsão das pessoas de suas casas, a Corte Constitucional enfatizou a importância de mediação e uma consideração das necessidades dos ocupantes para adequá-las a alternativas de acomodação como um fator relevante na determinação da justiça e equidade no procedimento de expulsão das pessoas, em termos de prevenção a expulsões ilegais baseadas no Ato 19 de 1998 (“PIE”), relativo a Ocupações Ilegais de Terras, uma das normas legais que tem sido consideradas para efetivar os direitos do art. 26(3) da Constituição¹²⁴. No caso do Município de Port Elizabeth *v.* vários invasores¹²⁵, o Juiz Sachs destacou a importância do respeito pela opinião das pessoas e agências na busca pela solução equânime para o choque entre propriedade e o direito à moradia.

Assim, aqueles que buscam o despejo não devem ser encorajados a confiar em conceitos que mostram os posseiros sem rosto e os transformam automaticamente em anônimos que podem ser expulsos como detestáveis perturbações sociais. Este tipo de esteriótipo não tem lugar previsto nas sociedades Constitucionais: a justiça e a equidade exigem que todos sejam tratados como indivíduo portador de direitos, tendo direito ao respeito por sua dignidade. Ao mesmo tempo, aqueles que se encontram compelidos pela pobreza e pela falta de terras a viver em barracos nas terras de outros, devem ser desencorajados de se considerarem vítimas sem qualquer ajuda, com falta de possibilidades de implementar sua própria moral.

No contexto de um despejo de residentes de uma mal falada construção por motivos de saúde e segurança, baseada nos termos do art. 12(4)(b) do Ato

¹²² TAC (n. 16).

¹²³ *Ibid* § 123.

¹²⁴ Seção 26(3) leia-se: “Ninguém deve ser expulso de sua casa, ou ter sua casa demolida sem uma ordem judicial exarada após a consideração de todas as circunstâncias. Nenhuma legislação permitirá expulsões arbitrárias”.

¹²⁵ 2005 (1) SA 217 (CC) § 41.

de Regulamento Nacional de Construção e Padronização nº 103 de 1977, a Corte Constitucional assegurou no *Occupiers of 51 Olivia Road v. City of JHB*¹²⁶:

A reintegração de posse de um residente pela municipalidade em circunstâncias onde o residente poderia tornar-se um desabrigado (sem teto), deve ordinariamente acontecer somente depois de um significativo envolvimento¹²⁷. Se ha um significativo envolvimento entre a cidade e o morador compreendendo sua situação de desabrigado, esta é uma circunstância que deve ser considerada pela Corte na forma da seção 26(3) [da Constituição].¹²⁸

A Corte declarou¹²⁹ que o dever de se envolver significativamente com as pessoas que podem se transformar em desabrigados (sem teto) em decorrência de uma ação de despejo também era embasada pelas obrigações constitucionais dos municípios de prover serviços à comunidade de maneira sustentável¹³⁰, para promover o desenvolvimento econômico e social¹³¹, e para encorajar o envolvimento de comunidades e organizações comunitárias em problemas do Governo local¹³². A Corte entendeu que o “envolvimento significativo” é aquele que se adapta às circunstâncias particulares de cada situação. Além disso, “quanto maior for o número de pessoas a serem afetadas pelo despejo, maior a necessidade de um engajamento estruturado, consistente e cuidadoso”¹³³. Além disso, a Corte estatuiu que o “segredo é contra produtivo para o processo de envolvimento”¹³⁴.

A Corte pode também facilitar a participação da sociedade na realização dos direitos socioeconômicos por meio da criação de soluções inovadoras a respeito da violação desses direitos. Interditos estruturais são particularmente

¹²⁶ 2008 (5) BCLR 475 (CC). Para uma revisão deste caso, veja L Chenwi & Liebenberg “The constitutional protectio of those facing eviction from ‘bad buildings’” (2008) 9 (1) ESR Review, 12-17.

¹²⁷ N. T. Significativa compreensão da situação.

¹²⁸ *Ibid* § 22. Veja também § 18.

¹²⁹ *Ibid* § 16.

¹³⁰ Seção 152 (1)(b) da Constituição.

¹³¹ Seção 152 (1)(c) da Constituição.

¹³² Seção 152 (1)(e) da Constituição.

¹³³ *Ibid* § 19.

¹³⁴ *Ibid* § 21.

apropriados quando uma violação requer uma série de medidas para desfazer os efeitos de padrões enraizados e sistêmicos de exclusão¹³⁵. Saindo de uma finalidade normal e das características de comandos e controles¹³⁶ de remédios judiciais, a Corte inicialmente deu uma ordem que define os grandes objetivos a serem alcançados para sanar as violações constitucionais e exigiu dos envolvidos, consultando os requerentes, a elaboração de um detalhado plano de medidas concretas e estipulação das providências a serem tomadas com a finalidade de atendimento dessas metas. A aprovação do plano e sua implementação estão sujeitas à supervisão judicial, mas a sua formulação e os critérios e processos para monitoramento da implementação são resolvidos por meio da colaboração e negociação entre os reclamantes, os órgãos de estado relevantes e, possivelmente, outras partes interessadas¹³⁷. Simon e Sabel tiraram as seguintes conclusões de seus estudos da natureza e eficácia desses tipos de “experimentos” acontecidos no contexto do interesse público em litígios nos Estados Unidos:

Ao estigmatizar o status quo, a intervenção do tribunal abre a instituição de defesa até a participação de interessados que antes encontrava-se marginalizados, e abre caminho para a redefinição das relações entre aqueles que já estão mais estabelecidos. Por outro lado, a desestabilização por meio de novas normas públicas, cria mais oportunidades para um aprendizado colaborativo e para a responsabilidade democrática, que o mundo mais correto da negociação pluralista sob a égide dos tribunais ou assembleias legislativas, que muitas vezes a impedem.¹³⁸

¹³⁵ Veja a esse respeito, W Trengove “Judicial remedies for violations of sócio-economic rights” (1999) 1 (4) ESR Review 8; K Roach & G Budlender “Mandatory and supervisory jurisdiction: When is it appropriate, just and equitable?” (2004) 122 SALJ 325.

¹³⁶ Esta caracterização foi tomada de Charles Sabel e William Simon em seu clássico estudo sobre o uso estrutural de remédios em litígios de interesse público nos Estados Unidos: C Sabel & W Simon “Destabilization rights: How public law litigation succeeds” (2004) 117 Harvard LR 1016.

¹³⁷ Simon & Sabel (n. 127). O autor escreveu em relação a estas formas de “intervenção experimental” que, “não importa o que aconteça o status da técnica legal do plano, suas funções não são de um muito de obedecer à coerção, como parece induzir a deliberação interna e a transparência externa” (p. 1071). Veja também M Schlanger “Beyond the hero judge: Institutional reform litigation as litigation” (1998-1999) 97 Michigan LR 1994.

¹³⁸ Simon & Sabel (n. 127), p. 1100-1.

Prestando-se atenção na inter-relação entre a dignidade humana e liberdade na nossa jurisprudência, há uma enfática defesa das agências das comunidades e reforça a sua pretensão de participar do desenho e da implementação dos programas que ajudam a realizar os seus direitos. Isto encoraja a participação, o modelo dialógico de desenvolvimento da democracia que ecoa com o etos da transformação da nosso Constituição.

O desafio permanece, embora, para se ter certeza que a participação é uma genuína experiência de capacitação para os grupos mais desfavorecidos, e não uma condução à profunda alienação e frustração. Esta será a consequência quando os processos de consulta são superficiais ou servem apenas para transmitir informações às comunidades sobre as decisões que já foram tomadas. Consulta e participação são somente significativas se os participantes estão abertos a rever as suas posições iniciais à luz de informações, argumentos e pontos de vistas diferentes¹³⁹. O significado da participação também requer o desenvolvimento apropriado de mecanismos para corrigir os déficits de informação e os desequilíbrios de poder inerentes à tomada de decisões relativas à distribuição e alocação de recursos econômicos e sociais.

Concluindo, como Nedelsky apontou, “cidadãos que participam diretamente nas decisões que os afetam, são menos propensos a se apartar de sua autonomia na medida em que eles aceitam benefícios ou o controle do Estado”¹⁴⁰. Contudo, ela segue cautelosa, participação é “um meio para se alcançar a autonomia, não seu conteúdo substantivo”¹⁴¹. Desenvolver princípios e mecanismos na nossa jurisprudência, que facilitam a organização do povo e a sua capacitação sobre direitos socioeconômicos é um importante caminho para promover os valores da liberdade.

3.3 LIBERDADE, DIREITOS SOCIOECONÔMICOS E OS CONTRATOS NA COMMON LAW

Outra área onde nosso direito pode ser beneficiado a partir de um conceito de liberdade mais elaborado é em relação aos contratos baseado na *common law*. Eu sou incapaz, dentro do escopo desse artigo, de fazer mais do que aludir à

¹³⁹ Veja a esse respeito, *Magoma v. Sebe NO & Another* 1987 (1) SA 483 (Ck). Veja também o requerimento previsto pela Alta Corte do Cabo, em relação à consulta em *Hayes v. Minister Of Housing, Planning & Administration*, Western Cape 1999 (4) SA (C) 1229, p. 123/-43.

¹⁴⁰ Nedelsky (n. 50), p. 33-4.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 34.

tensão existente entre liberdade negativa e positiva, dentro da lei sul-africana de contratos.

Como antes apontado, a teoria clássica liberal está baseada na assunção de que as regras da *common law* que regulam as transações comerciais são a personificação da liberdade natural¹⁴². Na esfera do direito contratual sul-africano, a influência da clássica teoria legal liberal que procura minimizar as intervenções inspiradas pelas normas de direito público em relações privadas autônomas é ainda difundida¹⁴³. Este é particularmente o caso em relação às decisões que tenham direta ou indiretamente considerado o impacto dos direitos socioeconômicos nas relações contratuais. O escopo de sua influência normativa a ser sentida na esfera privada foi reduzido pelo apelo quase “talismânico” das noções sobre a santidade do contrato e a obrigatoriedade para o seu estrito cumprimento. Também é reduzido pela insistente manutenção das regras “duras” das leis dos contratos sobre padrões de conceitos mais abertos, tais como a boa-fé e a ordem pública, que poderiam servir como guias para uma reflexão sobre o impacto das disposições contratuais em direitos socioeconômicos, seus propósitos e valores subjacentes. Mesmo quando a aplicação dos direitos socioeconômicos na esfera das leis dos contratos é reconhecida, o seu impacto é diminuído pela particularmente estreita e formalística interpretação dada a esses direitos em casos, como *Brisley v. Drotsky*¹⁴⁴ e *Afrox Healthcare Bpk v. Stydom*¹⁴⁵. Esta inibição do potencial desses direitos para promover uma maior igualdade, reclamando um relacionamento entre as partes contratantes, e, além disso, um conceito mais elaborado de liberdade contratual¹⁴⁶.

¹⁴² Veja supra (n. 65-7) e texto anexo.

¹⁴³ Sobre o poder do conceito de liberdade negativa e direitos na legislação constitucional sul africana, veja S Woolman & D Davis “The last laugh: Du Plessis v. De Klerk, classical liberalism, creole liberalism and the application of rights under the interim and final constitutions” (1996), 12 SAJHR361. Veja também a crítica de Moseneke DCJ em *Barkhuizen v. Napier* 2007 (5) SA 323 (CC) § 104 a principal corrente de influência dos direitos e valores constitucionais na avaliação da legalidade de um contrato em relação à política pública.

¹⁴⁴ 2002 (4) SA1 (SCA). Em um julgamento concorrente separado, o juiz Cameron A. colocou a santidade dos contratos dentre os valores constitucionais como a dignidade, igualdade e liberdade e inferiu disto que a Corte executa sua tarefa de golpear contratos ou recusando-se a aplicá-las com perceptiva moderação (§ 94).

¹⁴⁵ 2002 (6) SA 21 (SCA). Veja mais detalhadamente S Liebenberg “The application of sócio-economic rights in private law” (2008) 3 TSAR 464-80.

¹⁴⁶ Para uma decisão na qual os valores subjacentes integram direitos socioeconômicos na interpretação das regras de direito comum relativas a acordos de locação e, assim, promovem uma maior autonomia

Embora, como Jaco Barnard apontou, “as leis de contratos da África do Sul não são fundamentalmente individualistas e formais”¹⁴⁷. Estes valores, como a boa-fé, justiça e razoabilidade, têm, não obstante, sido marginalizados em favor de uma formalidade, uma interpretação de exceção que favorece os interesses dos comercialmente poderosos às expensas daqueles que estão em uma posição de fragilidade para a barganha¹⁴⁸. Os padrões abertos da boa-fé e razoabilidade são capazes de uma avaliação crítica cuidadosa sobre o impacto dos direitos constitucionais e os seus propósitos destacados e valores sobre os contratos particulares. Isto permitiria que a Corte identificasse todos os direitos, valores e políticas consideradas que têm implicação nas circunstâncias específicas e formatam os relacionamentos envolvidos nas disputas contratuais antes deles¹⁴⁹.

A contínua diminuição do valor do papel dos padrões abertos de interpretação nas leis dos contratos na era pós-constitucional não permite aos direitos socioeconômicos e aos interesses e valores que eles protegem terem uma significativa influência sobre nossas leis contratuais. Isto não implica que um conjunto de direitos e valores será automaticamente determinante, ou que a autonomia das pessoas para romper os acordos que eles consideram que melhor protegem os seus próprios interesses não devem ser respeitados. Ao contrário, isto requer dos Tribunais uma avaliação da validade e força dos contratos dentro de um quadro de uma relação normativa mais balanceada, que inclui o valor da liberdade positiva, personificada nos direitos socioeconômicos existentes no *Bill of Rights*.

Estas tendências em nossa lei dos contratos continuará, a menos que nossa concepção de liberdade seja transformada da clássica e liberal noção, que vê a menor intervenção estatal nas relações privadas e reflete uma preocupação com

substantial para as partes desfavorecidas nesta relação contratual, veja *Mpange v. Sithole* 2007 (6) SA 578 (W), discutido em Liebenberg (n. 136), p. 476-77.

¹⁴⁷ A J Barnard “To wonderland through the looking-glass: Conceiving a critical legal argument for contractual justice in the South African law of contract” (2006) 17 *Law and Critique* 153, p. 161.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Veja *ibid.* Veja também D Bhana & M Pieterse “Além de uma reconciliação da legislação contratual e dos valores constitucionais: Brisley and Afrox revisited” 2005 (122) *SALJ* 865, p. 894: “Esta aderência dogmática às regras legais (às expensas dos padrões abertos como a boa fé e a igualdade) sob o argumento da segurança retira da *common law* seu potencial inerente e frustra transformações legais e sociais”.

a estrutura do tipo de relacionamento social que promove as capacidades das pessoas e as habilita a alcançarem uma medida de sua autodeterminação¹⁵⁰.

CONCLUSÃO

A inclusão dos direitos socioeconômicos no *Bill of Rights* convida o Governo, as Cortes e a sociedade civil a darem um conteúdo material ao coração constitucional que são os valores da dignidade humana, igualdade e liberdade. Estes direitos nos convidam a reconhecer que o valor da liberdade é indeterminado quando as pessoas são alijadas daquilo que é essencial para a sua sobrevivência e desenvolvimento como seres humanos, quando eles são forçados a relações humilhantes de dependência de outros, por causas de necessidades econômicas, e a privação do significado de participar como igual na nossa jovem democracia.

O Juiz Ackermann no caso *Ferreira v. Levin* NO abriu um importante diálogo sobre o significado do valor da liberdade em nossa Constituição e esse significado para a interpretação para os direitos contidos no *Bill of Rights*. Este artigo continua aquele diálogo no contexto de vários aspectos da evolução da nossa jurisprudência sobre direitos socioeconômicos. Laurie Ackermann forneceu-nos um rico e complexo conjunto de considerações a serem pesados no desenvolvimento de nossos conceitos de liberdade constitucionais. Embora a complexidade dos acordos com a tensão entre a liberdade negativa e positiva dentro do Governo e na jurisprudência, isto não nos deve persuadir a descartar a liberdade positiva. Ao contrário, isto deveria nos inspirar a encontrar caminhos criativos para resolver (embora imperfeitamente e de forma transitória) o paradoxo da nossa dependência em relações sociais para o desenvolvimento da autonomia e nossa impossível, ainda que resistente, desejo de determinar nosso próprio destino.

¹⁵⁰ Veja Bhana & Pieterse (n. 140) sobre a disjunção no significado acordado do valor da dignidade humana, igualdade e liberdade na jurisprudência constitucional e na jurisprudência contratual, respectivamente.