



BENS PRIMÁRIOS SOCIAIS E CAPACIDADES: UMA APROXIMAÇÃO POSSÍVEL ADEQUADA PARA A DEFINIÇÃO DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Thadeu Weber

Doutor em Filosofia (UFRGS). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Filosofia da Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul.

Karine da Silva Cordeiro

Doutoranda e Mestre em Direito (PUC/RS). Professora Colaboradora da Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul e do Curso de Especialização em Direito Público, disciplina direitos fundamentais, na Escola Superior Verbo Jurídico. Juíza Federal Substituta.

Resumo

Este artigo tem como objeto investigar a possibilidade (e vantagem) de se buscar definir um conteúdo ideal do direito ao mínimo existencial a partir da aproximação das teorias de justiça desenvolvidas por John Rawls e por Amartya Sen. Depois de algumas anotações sobre o direito ao mínimo existencial no intuito de apresentar as premissas das quais se parte, expõem-se os traços principais de cada uma das teorias, demonstrando como o conteúdo daquele direito pode ser definido de forma adequada a partir dos conceitos de bens primários sociais e de capacidades. Por fim, defende-se que ambas as teorias fornecem contribuições relevantes, porém a melhor alternativa é compreendê-las como complementares, embora ainda haja muito trabalho a ser feito para uma delimitação mais concreta dos contornos do mínimo existencial.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Mínimo existencial. Bens primários sociais. Capacidades. John Rawls. Amartya Sen

Abstract

The purpose of this essay is to investigate the possibility (and advantage) of seeking to define an ideal content for the right to a minimum for existence based on an approximation between the theories of justice developed by John Rawls and Amartya Sen. After some brief notes about the minimum for existence's right in order to present starting points, it exposes the main features of each theory, demonstrating how the content of that right can be set appropriately based on the concepts of social primary good and capabilities. Finally, it argues that both provide important contributions, but the best alternative is understand them as complementary, although there is still much work to be done to more a concrete definition of the minimum for existence' contours.

Key-words: Fundamental rights. Minimum for existence. Social Primary Goods. Capabilities. John Rawls. Amartya Sen.

1. Introdução

O *mínimo existencial* vem ganhando espaço cada vez mais destacado na pauta das discussões doutrinárias e jurisprudenciais do constitucionalismo contemporâneo. Mas, apesar da intensa produção científica sobre o tema, tanto nacional quanto estrangeira, há mais pontos de dissenso do que de consenso; e as discussões vão desde a fundamentação do mínimo existencial, passando pelo seu reconhecimento como direito fundamental de *status* constitucional, até a definição do seu conteúdo.

Não se pretende, aqui, discorrer sobre todos os aspectos que circundam o tema, menos ainda resolver os problemas teóricos e práticos que ele suscita. O objetivo do trabalho limita-se a investigar a possibilidade de construção do conteúdo do mínimo existencial a partir de duas teorias de justiça que reconhecidamente estão entre as mais importantes teorias contemporâneas, a de John Rawls e a de Amartya Sen, em particular as idéias de bens primários sociais e capacidades.

Para tanto, inicia-se com algumas considerações breves e preliminares que buscam fixar as premissas das quais se parte, notadamente quanto à fundamentação do mínimo existencial, à incorporação desse direito à ordem jurídico-constitucional brasileira e ao estabelecimento de um ponto de partida na fixação de seus contornos. Em seguida, passa-se às contribuições de John Rawls e Amartya Sen para a construção de um conteúdo ideal mínimo existencial. Neste segmento, são expostas as principais características das teorias de justiça desenvolvidas por cada dos referidos autores, demonstrando-se como o direito ao mínimo existencial pode ser definido de forma adequada a partir dos conceitos de bens primários sociais e de capacidades. Por fim, e a título de conclusão, defende-se que ambas as teorias fornecem aportes teóricos relevantes para o tema em causa, porém a melhor alternativa é compreendê-las como complementares, embora ainda haja muito trabalho a ser feito para uma delimitação mais concreta dos contornos do mínimo existencial.

2. O direito ao mínimo existencial

Porque intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e indissociável dos problemas relacionados à concretização dos direitos sociais, defende-se o reconhecimento do direito (e garantia) ao *mínimo existencial*. Tal direito, neste estudo, é compreendido como aquele conjunto de prestações que assegurem os

recursos necessários a que o indivíduo leve uma vida digna¹, além de propiciar e promover a plena fruição da autonomia e da cidadania democrática.

Essa afirmação suscita uma série infindável de discussões teóricas. Porém, dados os limites do presente trabalho, não se pretende, aqui, ingressar nesses embates, tampouco resolver os problemas teóricos e práticos que ele suscita. Assim, neste segmento em particular, são feitas algumas considerações breves e preliminares, buscando-se expor as premissas das quais se parte, notadamente quanto à fundamentação do mínimo existencial, à incorporação desse direito à ordem jurídico-constitucional brasileira e ao estabelecimento de um ponto de partida na fixação de seus contornos.

2.1 Os fundamentos do mínimo existencial

Do ponto de vista moral, é bastante difundida a compreensão de que a comunidade política, portanto o Estado, deve garantir aos seus membros, pelo menos, um padrão de vida minimamente decente, fornecendo-lhes um mínimo de condições materiais a fim de eliminar, ou ao menos, mitigar, eventual situação individual de carência. E os principais fundamentos morais dessa obrigação são: garantir a liberdade real; proteger os pressupostos da democracia; e o fato de o atendimento das necessidades materiais humanas básicas constituir um fim em si mesmo, que se impõe independentemente da sua utilidade para outros fins (SARMENTO, 2009. p. 575).

Para John Rawls, por exemplo, a obrigação do Estado nesta seara se deve, precipuamente, à necessidade de se assegurar a liberdade real, já que, segundo ele, “abaixo de certo nível de bem-estar material e social, de formação e de educação, as pessoas simplesmente não podem participar da vida política e social como cidadãos, menos ainda como cidadãos iguais” (RAWLS, 2005. p. 166). Apresentando outra justificativa instrumental para um direito às garantias das condições de vida, qual seja, a proteção dos pressupostos da democracia, Jürgen Habermas explica que a sociedade democrática como um todo depende da qualidade das decisões tomadas

¹ Em conformidade com o conceito jurídico de dignidade da pessoa humana proposto por Ingo Sarlet, qual seja: “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida” (SARLET, 2010. p. 70).

por seus cidadãos. Daí o interesse social em que estes sejam bem informados, tenham capacidade de refletir e considerar as consequências das decisões politicamente relevantes, bem como vontade de formular e fazer valer seus interesses tendo em conta o interesse dos seus concidadãos e das gerações futuras, virtudes cívicas que são enfraquecidas pela desigual distribuição de bens básicos (HABERMAS, 1998. p. 417-418). Já Ernst Tugendhat, diversamente de Rawls e Habermas, considera que o atendimento das necessidades humanas básicas é uma exigência autônoma da justiça, um fim em si mesmo (TUGENDHAT, 1997).

Considera-se, todavia, que esses fundamentos não são, necessariamente, excludentes. Pelo contrário, eles se complementam, e a adoção exclusiva de um deles em detrimento dos demais pode levar a consequências diversas e, inclusive, nocivas para o desenvolvimento humano que as sociedades democráticas devem almejar.

Correr-se-ia o risco, por exemplo, de não propiciar o mínimo existencial aos incapazes sob o argumento de que estes não teriam condições de exercer sua autonomia ou participar do processo democrático ainda que suas necessidades básicas fossem atendidas e sua situação de carência fosse eliminada². Porém, é exatamente nesses casos que a intervenção do Estado mais se justifica. Por outro lado, não há como negar o fato de que, sem o mínimo existencial, uma considerável parcela da população seria tolhida da sua potencial capacidade de eleger e dirigir a própria vida. Também é inequívoco que, ao aliviar a situação de carência, o mínimo existencial permite aos cidadãos participarem efetivamente do processo democrático, garantindo que este processo seja, de fato, verdadeiramente democrático (SEN, 2000. p. 51).

Nessa perspectiva, entende-se que a garantia do mínimo existencial, além de constituir, em si, um ideal de justiça³, porquanto diretamente conectado ao valor absoluto da pessoa humana⁴, é, ao mesmo tempo, requisito essencial para o pleno

² Uma das críticas à teoria de Habermas refere-se à impossibilidade de fundamentar, com base nela, a atribuição de direitos básicos aos indivíduos que não possuem autonomia e, assim, não são potenciais integrantes de um discurso racional. (DIAS, 2004. p. 64-65). A mesma crítica se estende aos que fundamentam o mínimo existencial no direito à liberdade.

³ Como lembra Eduardo C. B. Bittar, a "justiça não pode ser pensada isoladamente, sem o princípio da dignidade humana". (BITTAR, 2006. p. 50).

⁴ Em condições de privação, os seres humanos, por certo, conservam sua dignidade, atributo que lhes é intrínseco e, portanto, não pode ser perdido, nem mesmo nas condições mais bárbaras. Porém eles são despojados da oportunidade de *viver com dignidade*, de viver em condições que lhes permitam desenvolver suas capacidades, participar como agentes na formação da sociedade em que vivem. Assim, enquanto sociedade, valorizar a dignidade inerente dos seres humanos significa assegurar condições materiais para que as pessoas possam se desenvolver e viver daquela forma. (LIEBENBERG, 2005. p. 18)

exercício da liberdade material⁵ e para a democracia, cujo êxito é notoriamente dependente da qualidade dos atores que participam da formação da vontade na esfera pública⁶ e cuja legitimidade supõe a participação igualitária de todos na formação da vontade comum. Assim sendo, acompanha-se Daniel Sarmento no ponto em que o autor sugere uma solução neutra para a controvérsia: “localizar o fundamento normativo do mínimo existencial no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que tal princípio apela tanto à liberdade material, como à democracia e ao atendimento de necessidades básicas das pessoas” (SARMENTO, 2009. p. 576).

2.2 O direito ao mínimo existencial na ordem jurídico-constitucional brasileira

Na trajetória de ascensão do mínimo existencial à categoria de *dever legal e direito fundamental*, tem-se que a primeira elaboração dogmática foi desenvolvida na Alemanha, onde a jurisprudência também se mostrou pioneira (SARLET; SAAVEDRA, 2010, p. 82). Conquanto a Lei Fundamental de Bonn não contemple, de um modo geral⁷ e intencionalmente, direitos sociais de cunho prestacional, o direito subjetivo à garantia do acesso aos recursos mínimos para uma existência digna foi extraído, por Otto Bachof, do princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no artigo 1º, inciso I (SARLET; FIGUEIREDO, 2007. p. 178). Igualmente com base na dignidade da pessoa humana, mas, também, no direito geral de liberdade e no direito à vida, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha reconheceu, em favor dos indivíduos carentes, um direito subjetivo⁸ à ajuda material por parte do Estado⁹. Em 1975, o Tribunal Constitucional Federal alemão proferiu decisão no mesmo sentido, afirmando:

Com certeza a assistência social aos necessitados faz parte dos

⁵ Como exemplifica Ricardo Lobo Torres, a liberdade de expressão somente pode ser exercida se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da escrita é mínimo existencial (TORRES, 2003. p. 5).

⁶ Em defesa dos valores do republicanismo cívico como fundamento dos direitos sociais nos Estados Unidos, Michaels anota: “We must recognize that individuals lacking the basic socioeconomic resources necessary for effective political engagement cannot approach, let alone meet, our ideal of republican citizenship. Without some base level of education, health care, housing, and financial security, citizens cannot possibly be expected to vote, to deliberate, and to serve on juries as effectively as our system asks and expects. I argue therefore that we must view welfare rights through the lens of civic republicanism”. (MICHAELS, 2002. p. 1458).

⁷ O art. 6º, inciso IV, da Lei Fundamental, que estabelece o direito de toda mãe à proteção e assistência da comunidade, é uma exceção.

⁸ Não expressamente como direito social fundamental, ressalta Rodolfo Arango (ARANGO, 2005. p. 213).

⁹ Decisão proferida em 1954 (SARLET; SAAVEDRA, 2010. p. 82-83).

deveres mais evidentes de um Estado social (...). Isto inclui necessariamente a ajuda social do cidadão que, em razão de deficiência física ou mental, tem seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover seu próprio sustento. A sociedade estatal deve, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as necessárias instituições de cuidado (MARTINS, 2005. p. 828).

A partir daí, consolidou-se, naquele país, o entendimento de que o direito a um mínimo de existência: é um genuíno direito fundamental; é um direito subjetivo a prestações; e está radicado no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito à vida¹⁰ e à integridade física, no núcleo essencial do princípio do Estado Social (artigos 20, inciso I, e 28, inciso I) e no princípio da igualdade. A decisão supra também aponta para um caráter subsidiário do dever estatal, no sentido de privilegiar a autorresponsabilidade dos indivíduos. Como se percebe, diante da renúncia deliberada¹¹ do constituinte alemão do pós-guerra em positivizar direitos subjetivos a prestações pelo poder público, a estratégia foi ligar o mínimo existencial a outros direitos fundamentais e princípios constitucionais expressamente positivados.

As bases da construção germânica se espalharam pela Europa Ocidental e chegaram à América do Sul, influenciando a doutrina e a jurisprudência, inclusive de países que seguiram caminho diverso do alemão e optaram pela positivação constitucional dos direitos sociais, como é o caso de Portugal e do Brasil, por exemplo, onde há certo consenso em fundar o direito ao mínimo existencial no direito à vida e no princípio da dignidade da pessoa humana¹².

Em Portugal, onde a constitucionalização de direitos sociais não incluiu uma previsão expressa acerca do direito ao mínimo existencial, o Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 509/2002¹³, reconheceu a existência do direito a um mínimo de existência condigna ou a um mínimo de sobrevivência a exigir que o Estado forneça

¹⁰ Como alerta Jörg Neuner, “não faz diferença substancial se um Estado recusa o mínimo existencial aos necessitados ou se implementa outro meio para exterminar a vida” (NEUNER, 2009. p. 23).

¹¹ O tema foi objeto de debate no meio jurídico da época, porém, em face da experiência negativa vivenciada com a Constituição de Weimar (a qual previa direitos sociais prestacionais, mas não impediu, ao contrário contribuiu com o regime nazista), prevaleceu o entendimento contrário à constitucionalização desses direitos. A doutrina alemã majoritária ainda hoje se mostra avessa à ideia. Mas quase todas as constituições dos *Länder* preveem direitos sociais (KRELL, 2002. p. 45-49).

¹² Sobre o mínimo vital na jurisprudência constitucional da Colômbia, veja-se Rodolfo Arango. (ARANGO, 2005. p. 212-218).

¹³ Comentando a decisão, confira-se José Carlos Vieira de Andrade. (ANDRADE, 2004)

meios materiais àqueles que, encontrando-se transitoriamente em situação de ausência ou insuficiência de recursos econômicos para satisfazer suas necessidades mínimas, precisam do apoio da comunidade estatal. Tal direito foi retirado do princípio do respeito à dignidade humana, proclamado no artigo 1º da Constituição e decorrente do Estado de Direito democrático (artigo 2º), e do artigo 63º, nºs 1 e 3 (que garante a todos o direito à segurança social e comete ao sistema de segurança social a proteção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou da capacidade para o trabalho).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 também não proclama, de forma expressa, o direito ao mínimo existencial. Não obstante, o seu preâmbulo anuncia que o Estado democrático então instituído se destina a assegurar, como valores supremos, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça; o artigo 1º, inciso III, consagra a dignidade da pessoa humana; o *caput* do artigo 170 estabelece que a ordem econômica tem por fim assegurar existência digna a todos; e a erradicação da pobreza, segundo o inciso III do artigo 3º, é um dos objetivos fundamentais da República. Isso sem contar o extenso rol de direitos sociais específicos¹⁴ e a previsão de diversos casos de imunidade tributária. Ainda que assim não o fosse, a doutrina mais abalizada vem enfatizando que o mínimo existencial decorre¹⁵, também, da proteção à vida e se apresenta como exigência da dignidade da pessoa humana, implicando um complexo de direitos fundamentais que garanta a todos as condições existenciais mínimas para uma vida saudável e que lhes propicie a participação ativa nos destinos próprio e da sociedade (SARLET, 2009. p. 317) (SARLET, 2010).

Ricardo Lobo Torres¹⁶. afirma que a proteção do mínimo existencial é pré-constitucional e, assim sendo, “está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana”. De acordo com o mesmo autor, “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais

¹⁴ Como lembram Sarlet e Figueiredo, “a previsão de direitos sociais [na Constituição] não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007. p. 184).

¹⁵ Asseverando tratar-se de um direito adscrito a três normas fundamentais: os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e da solidariedade (BITENCOURT NETO, 2010. p. 165-166)

¹⁶ (TORRES, 1989. p.29-49).

de liberdade” (TORRES, 2009. p. 13 e 36) Ingo Sarlet ressalta tratar-se ao mesmo tempo de “condição para democracia e limite dessa mesma democracia” (SARLET; SAAVEDRA, 2010. p. 92). E Daniel Sarmento considera que “uma compreensão correta da ideia de justiça teria de envolver a obrigação moral do Estado e da sociedade de combater o sofrimento e a miséria humanas, através da garantia das condições mínimas de vida para os necessitados” (SARMENTO, 2009. p. 575), mesmo que isso não fosse um pressuposto para o gozo das liberdades individuais ou para o exercício da cidadania.

O Supremo Tribunal Federal ainda não desenvolveu com clareza a temática do mínimo existencial, embora tenha mencionado este direito em algumas decisões, a partir das quais se pode inferir que, segundo a Corte, o direito ao mínimo existencial foi acolhido pela ordem constitucional brasileira como direito fundamental e que isso se dá por decorrência do “direito universal à vida com dignidade, à liberdade e à segurança”¹⁷. A conexão com os demais direitos fundamentais, como condição para o exercício destes, também aparece em um dos arestos, em que a Ministra Cármen Lúcia refere ser a garantia do mínimo existencial “o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente”¹⁸. Em outra ocasião, a Corte indicou anuir com a tese de que a garantia do mínimo existencial não é meramente instrumental, mas, ao mesmo tempo, é fim em si mesmo, isso quando o Ministro Celso de Mello referiu, amparado na doutrina de Ana Paula de Barcellos, que “a meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida (...) na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência”¹⁹.

Vale lembrar que a Carta de 1988, além de elevar os direitos e garantias fundamentais à condição de normas jurídicas de caráter preceptivo ao determinar a sua aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º), conferiu-lhes especial proteção ao incluí-los entre as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV), bem como acatou a ideia de que existem direitos que, dado o seu conteúdo e significado, devem ser considerados

¹⁷ AI 583.136, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 28/06/2006, DJE 24/11/2008 (decisão monocrática).

¹⁸ ADI 3768, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2007, DJE 25/10/2007.

¹⁹ ADPF 45 MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004. Decisão monocrática da lavra do Ministro Celso de Mello. A ação foi julgada prejudicada em virtude da perda superveniente de seu objeto.

fundamentais, apesar de não estarem previstos expressamente no catálogo (art. 5º, § 2º).

Vê-se daí que o rol do Título II, apesar de bastante extenso, não tem cunho taxativo. Ao revés, o constituinte adotou um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais (*textura aberta dos direitos fundamentais*²⁰), abrangendo, além daqueles previstos no Título II, os direitos fundamentais escritos fora do catálogo e em tratados internacionais e os não escritos, consagrando a teoria dos direitos implícitos e decorrentes, assim considerados os direitos subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e os decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.

E é essa abertura que propicia, a partir da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento do direito fundamental a um mínimo existencial na ordem jurídico-constitucional brasileira, independentemente de previsão expressa positivando-o.

2.3 Ponto de partida: mínimo existencial é mais do que mínimo vital

Uma vez aceita a responsabilidade do Estado em garantir os *riscos da existência* (TORRES, 2009. p. 40), a comunidade política deve demarcar, na medida do possível, a extensão e os limites desse encargo e, por conseguinte, os contornos do direito que lhe é correlato, tanto em termos qualitativos como quantitativos. A tarefa não é fácil, sobretudo em sociedades pluralistas, em que coexistem diversas visões de mundo e, portanto, acentuam-se as divergências.

De início, firma-se a posição de que mesmo em organizações políticas e sistemas constitucionais similares, e ainda que, hipoteticamente, sejam compartilhados idênticos princípios éticos e morais, não seria possível fixar em abstrato e de modo definitivo o exato objeto do mínimo existencial. Ocorre que outros fatores, muitos deles alheios à vontade política, são decisivos. Daí ser correta a constatação de que o mínimo existencial não é uma categoria universal (SCAFF, 2005. p. 217), tampouco uniforme. O conjunto de prestações indispensáveis para assegurá-lo varia ao longo do tempo e conforme o lugar, inclusive dentro de um mesmo país (STARCK, 2009. p. 199-224), e está sujeito a oscilações influenciadas não apenas por aspectos econômicos,

²⁰ Conforme Jairo Schäfer, semelhante *textura aberta dos direitos fundamentais* exige “adequada definição de seus pressupostos de incidência, sob pena de se produzir um alargamento em desfavor dos direitos fundamentais” (SCHÄFER, 2005. p. 37).

mas, também, pelas expectativas e necessidades do momento (SARLET, 2009. p. 321) e, até, pelas condições específicas de cada indivíduo.

Essa constatação, todavia, não implica que se deva abdicar de alguns parâmetros que auxiliem na concretização do mínimo existencial, e nem que se deva abrir mão de um conteúdo predeterminado – numa feição quase absoluta, porém sempre suscetível à expansão –, composto daquelas prestações cuja essencialidade para a vida humana é, hoje, amplamente reconhecida. Do contrário, haveria ou o completo esvaziamento normativo do direito em causa, ou a subjetivação excessiva quando de sua aplicação ao caso concreto.

Num primeiro passo, e como ponto de partida, é possível afirmar que o mínimo existencial deve garantir mais do que a mera sobrevivência física dos indivíduos, afinal, a noção de uma vida condigna exige mais do que a singela existência, demandando, também, condições que permitam o pleno desenvolvimento da personalidade. Como acentua Rodolfo Arango, a “vida humana não é apenas subsistência. Ela é uma existência que se dignifica em situações onde um indivíduo pode atingir o seu máximo potencial” (ARANGO, 2005. p. 101).

Uma estratégia minimalista, focada na sobrevivência, certamente encontraria menos resistência. Mas essa não é uma alternativa em uma sociedade que reverencia a dignidade de todos e de cada um, o que implica conferir sentido próprio e especial ao conceito de vida humana. De outro modo, poderiam ficar excluídos da esfera de proteção do mínimo existencial os idosos e os doentes terminais²¹, por exemplo, hipótese que sequer poderia ser cogitada. Ou, o que é ainda mais grave, a linha divisória seria desenhada em um nível tão baixo que ficaria na fronteira entre a morte e a *quase vida*, pois, como já ficou demonstrado pelas experiências nos campos de concentração nazistas e nos *gulags* soviéticos, o animal humano consegue sobreviver em situações de extrema privação.

Por essas razões, o mínimo existencial não pode ser reduzido ao que se tem denominado de *mínimo vital* ou a um *mínimo de sobrevivência*, caso essas expressões signifiquem a garantia da vida humana sem necessariamente abranger as condições para uma vida com certa qualidade (SARLET; FIGUEIREDO, 2007. p. 181).

Mas esse é apenas o ponto de partida. Pode-se, ainda, ir além, e reafirmar que

²¹ Como ocorreu no caso *Soobramoney v Minister of Health* (que será comentado na parte final da pesquisa), em que a Corte Constitucional da África do Sul entendeu que, num quadro de escassez de recursos, é legítimo negar tratamento médico a pacientes que sofrem de doenças terminais. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.pdf>> Acesso em: 05 mai. 2011.

o mínimo existencial deve garantir um *standard* de vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso já diz muito. Contudo, ao mesmo tempo, também diz muito pouco. A definição ideal do direito exige voos mais altos.

3. A contribuição de John Rawls e Amartya Sen para um mínimo existencial ideal

Diversas são as possibilidades de sistematizar as prestações materiais indispensáveis para a sobrevivência física e moral dos indivíduos e, assim, traçar contornos mais precisos para o mínimo existencial, viabilizando a sua aplicabilidade prática.

No entanto qualquer proposta nesse sentido há de partir, necessariamente, de alguma concepção prévia de justiça, afinal, é certo que o papel conferido ao Direito e ao Estado varia conforme a perspectiva adotada, se utilitarista (BENTHAM, 2010), liberal (RAWLS, 1958. 164-194; 2003. 2005), libertária (NOZICK, 1977; 2006. p. 201-228) ou comunitarista (SANDEL, 1998. 1984. 2010) (WALZER, 1983, 1985) (WALZER, 2006, p. 484-500), às quais se agregam, quando em causa a justiça distributiva, os vários critérios de igualdade, tais como a igualdade de bem estar, de recursos (DWORKIN, 2005) e de bens primários (John Rawls), de capacidades (Amartya Sen), de oportunidades para o bem-estar (ARNESON, 1989. p. 77-93) e a igualdade complexa (Michael Walzer), entre outros. Em matéria de direito ao mínimo existencial não poderia ser diferente.

Sem embargo da importância de outras correntes, o foco deste estudo são as contribuições advindas de duas das teorias contemporâneas mais influentes, a teoria da justiça como equidade, construída por John Rawls, e a teoria conhecida como *capabilities approach*, desenvolvida pelo economista Amartya Sen.

As teorias de justiça de Rawls e Sen normalmente são tratadas como antagônicas, não apenas pelos próprios autores, como pela maioria dos que se propuseram a estudá-las. De fato, há diversos pontos de divergência. Porém, ao menos no que toca à questão do mínimo existencial, considera-se haver mais pontos em comum do que pode parecer à primeira vista. Na verdade, para fins de construção de um conteúdo ideal de mínimo existencial, defende-se que os bens primários sociais (*social primary goods*) e as capacidades (*capabilities*) são categorias que se complementam.

3.1 O mínimo social na teoria da justiça de John Rawls

Na construção da sua teoria da justiça, Rawls desenvolve a ideia de justiça como equidade, cuja meta é fornecer uma base filosófica e moral razoável para as instituições democráticas. A ideia central dessa concepção de justiça é a de uma sociedade como um sistema equitativo de cooperação social que se perpetua de uma geração para outra (RAWLS, 2003. p. 7), em que se vislumbra uma sociedade de cidadãos livres, com direitos básicos iguais em um sistema econômico igualitário (uma *sociedade bem ordenada*), a despeito das divergências oriundas das doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis (*consenso sobreposto razoável*). Trata-se de uma concepção política e pública de justiça²².

Para tanto, Rawls imagina um contrato social hipotético e ahistórico cuja finalidade não é inaugurar determinada sociedade e nem eleger alguma forma de governo e, sim, estabelecer os princípios de justiça que orientarão a estrutura básica da sociedade e que regerão todos os acordos subsequentes. Ele pressupõe que esses seriam os princípios escolhidos por pessoas livres e racionais interessadas em promover seus próprios interesses se estivessem em uma situação inicial de igualdade. Nessa situação inicial que é equitativa, chamada por Rawls de *posição original*, as partes são privadas de todo o conhecimento acerca de suas características pessoais e das circunstâncias sociais e históricas nas quais se inserem, de sorte que os princípios da justiça são eleitos por trás de um *véu da ignorância*, isso a fim de garantir a imparcialidade do julgamento e assegurar que os princípios sejam o produto de um acordo justo (RAWLS, 2008. p. 13-21). Um procedimento justo (posição original) traz como consequência um resultado justo, isto é, princípios justos. E por que o procedimento é justo? Porque coloca as partes numa situação equitativa. É a justiça procedimental pura.

Diante de uma lista com as principais concepções de justiça da tradição filosófica, social e política, Rawls supõe que as partes do acordo original adotariam dois princípios: (a) “cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo

²² A teoria da justiça de Rawls sofreu algumas mudanças no decorrer do tempo. Enquanto em *Uma teoria da justiça* predomina o caráter ético, no *Liberalismo Político* é adotada uma concepção estritamente política de justiça.

esquema de liberdade para todos”; e (b) “as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades; e, em segundo lugar; têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade²³ (o princípio da diferença)” (RAWLS, 2003. p. 60).

O primeiro princípio tem prioridade sobre o segundo e, neste, a igualdade equitativa de oportunidades tem precedência sobre o princípio da diferença. Ademais, enquanto o primeiro princípio integra os fundamentos constitucionais (os *constitutional essentials* abrangem dois tipos de princípios de justiça política: “os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do governo e do processo político” e os que tratam da “igualdade de direitos e liberdades básicas de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar” (RAWLS, 2005. p. 227) e, portanto, aplica-se quando da convenção constitucional; o segundo princípio, ligado a questões de justiça distributiva, não é considerado um elemento constitucional essencial, aplicando-se ao estágio legislativo²⁴.

Mas há outra relação de prioridade pressuposta por Rawls: o primeiro princípio da justiça deve ser precedido por um princípio lexicalmente anterior exigindo que as necessidades básicas dos cidadãos sejam atendidas, pelo menos no que seja indispensável para que eles compreendam e sejam capazes de exercer proveitosamente aqueles direitos e liberdades básicas de que trata o primeiro princípio

²³ Essa formulação dos princípios da justiça é diferente da que consta em RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Rawls explicou os motivos da reformulação em *The Basic Liberties and Their Priority* (uma conferência em *The Tanner Lectures on Human Values*, disponível em: <<http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/rawls82.pdf>> Acesso em: 25 mai. 2011, posteriormente incorporada à obra *Political Liberalism*), salientando, no entanto, que a estrutura e o conteúdo da justiça como equidade permanecem basicamente os mesmos e que, exceto por uma importante mudança numa frase do primeiro princípio, a formulação dos dois princípios continua inalterada, assim como a prioridade do primeiro princípio sobre o segundo. O principal motivo da alteração, em apertada síntese, é esclarecer que o critério para estabelecer o melhor esquema de liberdades básicas (ou, pelo menos, um esquema inteiramente adequado) não é o da maior extensão (ou maximização), como parecia ser o adotado em *Uma teoria da justiça*, e sim um que garanta a todos os cidadãos as condições essenciais para o desenvolvimento adequado e para o exercício pleno e informado dos dois poderes (capacidades) morais no que Rawls chama de “dois casos fundamentais”. Essa mudança também mostra que as liberdades não são absolutas e que limites muitas vezes são necessários. Sobre a formulação e reformulação dos princípios de justiça, ver, também, WEBER, Thadeu Weber. (WEBER, 2008. p. 214-242)

²⁴ “Os princípios da justiça são adotados e aplicados numa seqüência de quatro estágios. No primeiro estágio, as partes adotam os princípios por trás de um véu da ignorância. As limitações quanto ao conhecimento disponível para as partes vão sendo progressivamente relaxadas nos três estágios seguintes: o estágio da convenção constitucional, o estágio legislativo em que as leis são promulgadas de acordo com o que a constituição o admite e conforme o exigem e o permitem os princípios da justiça, e o estágio final em que as normas são aplicadas por governantes e geralmente seguidas pelos cidadãos, e a constituição e leis são interpretadas por membros do judiciário. Neste último estágio, todos têm completo acesso a todos os fatos” (RAWLS, 2003. p. 67-68).

da justiça (RAWLS, 2005. p. 7). Essas necessidades humanas básicas são cobertas pelo que Rawls chama de *social minimum* (mínimo social) – a que se poderia chamar de *mínimo existencial rawlsiano* ou *mínimo social stricto sensu* –, o qual também faz parte dos fundamentos constitucionais, logo tem natureza constitucional, tal quais os direitos e liberdades fundamentais de que trata o primeiro princípio da justiça - as tradicionais garantias do direito de liberdade (RAWLS, 2005. p. 227-230).

Ou seja, para garantir a equidade do procedimento de escolha dos princípios da justiça, é necessário pressupor que as pessoas disponham de um mínimo de condições materiais como requisito prévio. O sucesso do procedimento proposto por Rawls para se chegar à sociedade bem ordenada que ele idealiza depende da garantia desse *mínimo social*. Ocorre que, segundo o filósofo, “abaixo de certo nível de bem-estar material e social, de formação e de educação, as pessoas simplesmente não podem participar da vida política e social como cidadãos, menos ainda como cidadãos iguais” (RAWLS, 2005. p. 166).

Assim, há, na teoria da Rawls, um princípio lexicamente anterior ao primeiro princípio da justiça (que trata dos direitos e liberdades básicas e iguais): a garantia de satisfação do mínimo existencial, isto é, a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos para uma vida digna como condição de possibilidade do exercício efetivo dos direitos fundamentais.

Embora não tenha especificado onde fica a linha divisória e, portanto, qual deve ser o conteúdo do mínimo social, até porque isso está socialmente condicionado, Rawls assevera que o fundamento constitucional em si é perfeitamente claro: é o que é necessário para “dar o devido peso à ideia de sociedade enquanto sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais” (RAWLS, 2005. p. 166).

Por outro lado, o segundo princípio da justiça (que regula as questões de desigualdades sociais e econômicas), em particular o princípio da diferença, também exige a satisfação de um mínimo social – que poderia ser chamado de *mínimo social lato sensu* para diferenciar daquele que precede o primeiro princípio da justiça. No entanto, nas questões ligadas à justiça distributiva, cuida-se de um mínimo material que vai além das necessidades humanas básicas essenciais para uma vida decente, no intuito de maximizar as perspectivas de vida dos menos favorecidos ao longo do tempo²⁵.

²⁵ Em *Uma teoria da justiça*, o mínimo social faz parte apenas do segundo princípio da justiça. Porém, ao desenvolver melhor a sua teoria política de justiça, especialmente em *Political Liberalism*, Rawls

Ao contrário do mínimo social que cobre as necessidades básicas para uma vida decente, o mínimo social exigido pelo princípio da diferença não é um elemento constitucional essencial, mas uma questão de justiça básica - *basic justice* (RAWLS, 2005. p. 227), cabendo ao legislador ordinário estabelecer o seu conteúdo. Essa diferença é crucial, pois significa que a concessão de condições materiais que vão além das necessidades básicas para a existência humana, para Rawls, está no âmbito de discricionariedade do legislador ordinário.

3.2 Os bens primários sociais como elemento para a construção do mínimo existencial

Conforme se depreende do que foi exposto no seguimento anterior, o *mínimo existencial rawlsiano* ou *mínimo social stricto sensu* tende a se aproximar do mínimo de sobrevivência, ou de que deva atender as condições básicas de vida digna. No entanto, considerando a concepção política de pessoa e o pleno exercício da cidadania, a construção de um conteúdo ideal de mínimo existencial a partir de Rawls deve agregar a ideia do ele chama de *social primary goods* (bens primários sociais), em particular na forma como desenvolvida em *Political Liberalism*. A necessidade de ampliar o conteúdo do mínimo existencial, mediante o acréscimo desses bens primários decorre da insuficiência da satisfação das necessidades básicas materiais para o desenvolvimento das qualidades morais dos cidadãos e das demandas originadas de sua participação numa sociedade cooperativa. A ênfase rawlsiana na concepção política de pessoa demanda a necessidade de ampliação do mínimo existencial em sentido estrito.

Uma outra chave de leitura para se chegar aos bens primários decorre da pergunta do filósofo americano referente aos menos favorecidos: quem são eles e como devem ser atendidos, considerando o segundo princípio de justiça? A resposta a essa pergunta implica na introdução da ideia de bens primários. Trata-se de “diferentes condições sociais e meios polivalentes necessários para que os cidadãos possam desenvolver-se adequadamente e exercer plenamente suas faculdades morais, além de procurar realizar suas concepções do bem” (RAWLS, 2003. p. 81). Isso mostra bem

passa a diferenciar o mínimo social para a satisfação das necessidades humanas básicas e o segundo princípio de justiça, incorporando aquele aos elementos constitucionais essenciais. (RAWLS, 2003. p. 182)

o caráter normativo e não metafísico da concepção de pessoa. Os bens primários são condições de possibilidade de realização dessa concepção, que inclui a de cidadão. Significa dizer que “pessoa é alguém que pode ser cidadão” (RAWLS, 2005. p. 18). Para tanto, ela deve atender certas condições, isto é, ter e desenvolver o senso de justiça e uma concepção do bem. Assim, “bens primários são as coisas necessárias e exigidas por pessoas vistas não apenas como seres humanos, independentemente de qualquer concepção normativa, mas à luz da concepção política que as define como cidadãos que são membros plenamente cooperativos da sociedade” (RAWLS, 2003. p. 81). As necessidades dos cidadãos como pessoas livres e iguais vão muito além da simples satisfação das necessidades básicas de sobrevivência. Os bens primários são, pois, exigências para o desenvolvimento da concepção normativa de pessoa e do pleno exercício da cidadania.

Um esclarecimento inicial precisa ser feito. Rawls pressupõe que o mínimo social *stricto sensu* já foi atendido quando da escolha e distribuição dos bens primários sociais. Explicando melhor, a questão dos bens primários integra o primeiro princípio de justiça, repercutindo no segundo princípio de justiça, e o princípio que exige o atendimento de um grau mínimo das necessidades básicas do cidadão, como visto, é lexicamente anterior ao primeiro. Os bens primários sociais, além de incorporarem o mínimo existencial rawlsiano em sentido estrito, apontam para outras demandas, tais como “as bases sociais do autorrespeito”, renda e riqueza, etc.

Os *bens primários sociais*, em apertada síntese, são as *coisas* (portanto meios ou recursos no sentido amplo) essenciais para que as pessoas realizem o seu projeto racional de vida, aí incluídos direitos, liberdades, oportunidades, condições sociais, assim como meios que sirvam de instrumento para qualquer fim (*all-purpose means*), tudo suportado pelas mesmas bases sociais do autorrespeito e considerando as exigências sociais e as circunstâncias normais da vida humana numa sociedade democrática (RAWLS, 2005. p. 307).

Rawls supõe que, uma vez aceitos os pressupostos e as ideias subjacentes à sua concepção política de justiça, é possível chegar a um entendimento político sobre o que deveria ser publicamente reconhecido como as necessidades básicas dos cidadãos. Vale lembrar que a ideia de necessidade usada no texto se refere às necessidades relativas à concepção política de pessoa, seu papel e *status*; e que necessidades são diferentes de desejos, vontades e gostos (RAWLS, 2005. p. 179, nota de rodapé 20). Ademais, para chegar a uma lista viável dos bens primários, as

ideias de bem como racionalidade e a concepção política de cidadãos como livres e iguais, são alicerces básicos para especificar as necessidades e exigências dos cidadãos.

A lista de Rawls (que pode ser ampliada) é composta de cinco categorias de bens primários: (a) direitos e liberdades básicas (também dados por uma lista, incluindo liberdade de pensamento, liberdade de consciência e assim por diante), consistindo naquelas condições institucionais básicas necessárias para o desenvolvimento e exercício da capacidade de decidir, revisar e perseguir uma concepção razoável de bem, além de serem liberdades indispensáveis para a proteção de um amplo leque de concepções específicas (razoáveis) de bem; (b) “liberdade de movimento e livre escolha de ocupação” entre diversas oportunidades, de modo a permitir a realização de fins últimos, bem como tornar efetiva a possibilidade de rever e mudá-los; (c) “poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade” em instituições políticas e econômicas da estrutura básica, os quais são necessários para abrir caminho para as várias capacidades sociais e de autonomia; (d) “renda e riqueza” (RAWLS, 2005. p. 181) em sentido amplo (que são os tais *meios para todos os fins*), a permitir, direta ou indiretamente, que se realizem uma vasta gama de fins, quaisquer que sejam; e (e) “as bases sociais de autorrespeito” (RAWLS, 2005. 308-309), que são os aspectos das instituições básicas normalmente essenciais para que os cidadãos tenham um forte sentimento de seu valor próprio como pessoa e para que sejam capazes de desenvolver e exercer seus poderes morais, bem como promover seus fins com autoconfiança.

Uma sociedade justa e boa, na visão de Rawls, promove uma distribuição equitativa de quinhões de bens primários entre seus membros. Para avaliar se o objetivo foi alcançado, comparam-se os quinhões de bens primários que as pessoas detêm, independentemente do que cada uma, diante das suas capacidades e preferências individuais, pode fazer com eles.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o conteúdo do mínimo existencial deve abranger um conjunto equitativo de bens primários sociais ou as condições materiais (fáticas) que possibilitem às pessoas o acesso a eles, considerando as peculiaridades da sociedade na qual se inserem e, mais do que isso, que garantam o efetivo aproveitamento desses bens para a realização do plano de vida individual, desde que este seja razoável. Trata-se de um pressuposto necessário a que a concepção rawlsiana de pessoa seja posta em prática, com o desempenho adequado e pleno da

capacidade – que Rawls supõe ser comum a todos – de ser um membro cooperativo da sociedade ao longo da vida.

Sem embargo, tem alguma procedência a principal crítica dirigida a Rawls no que se refere a esse ponto de sua teoria, qual seja, a de que ele não considera a variabilidade individual na distribuição dos bens primários, deixando a questão para os estágios posteriores ao da convenção constitucional. Ele supõe, é verdade, que um grau mínimo das necessidades humanas já foi atendido (RAWLS, 2005. p. 183) - é o princípio lexicamente anterior ao primeiro princípio de justiça, ou seja, o mínimo existencial rawlsiano propriamente dito -, e, assim, nenhuma diferença pessoal, em tese, geraria injustiça. Mas essa conclusão somente seria válida se o mínimo existencial rawlsiano fosse menos estreito. Como ele não é, para que a liberdade positiva (ou liberdade real, assim entendida a efetiva possibilidade de exercício da autonomia) seja garantida, as diferenças entre as capacidades pessoais deveriam ser levadas em conta no mínimo existencial ou na distribuição dos bens primários, ainda que determinados pontos pudessem ser resolvidos mais concretamente nos estágios legislativo e judicial.

Aliás, o próprio Rawls chega a admitir que a sua teoria de bens primários não é adequada quando as variações de capacidades e habilidades físicas decorrentes de doenças e acidentes situam as pessoas abaixo da linha do mínimo essencial, embora, mesmo neste caso, siga defendendo ser possível resolver o problema no estágio legislativo (RAWLS, 2005. p. 183-185). É preciso, no entanto, insistir que a concepção de justiça comporta apenas elementos constitucionais essenciais sobre os quais é possível e necessário um acordo. Questões específicas e controvertidas ficam fora da agenda política. Mas os princípios devem ser tão gerais e universais a tal ponto de fundamentarem a incorporarem leis que contemplem essas variações. A questão central é: qual é o mínimo que se exige para ser um cidadão cooperativo? As capacidades morais (senso de justiça e concepção do bem) dão conta desse “mínimo essencial”. As variações significativas das pessoas no referente às capacidades a serem consideradas, como reivindica Sen, tem um limite para uma concepção normativa de pessoa. Para Rawls são aquelas necessárias para ser um cidadão cooperativo. As variações abaixo desse mínimo, resultantes de doenças ou outras fatalidades, devem ser tratadas, não no estágio constitucional, mas nos estágios legislativo e judicial, onde o “véu da ignorância” desaparece gradualmente. “O objetivo é recuperar a saúde das pessoas por meio de tratamento médico, para que possam

voltar a ser membros plenamente cooperativos da sociedade” (RAWLS, 2005. p. 184). Observe-se que as variações abaixo do mínimo essencial não são ignoradas. No entanto, o fato de reconhecer que, por vezes, as variações são tão grandes que garantir o mesmo “índice de bens primários” a todos pode ser injusto, indica certa insuficiência no tratamento dado à distribuição dos bens primários.

Daí a necessidade de complementação da teoria Rawls para que se alcance o tão almejado conteúdo ideal de mínimo existencial. Neste aspecto, entende-se que as falhas ou lacunas deixadas por ele naquilo que interessa ao presente estudo podem, perfeitamente, ser corrigidas ou preenchidas com alguns aportes da teoria conhecida como *capabilities approach*, que foi idealizada inicialmente pelo economista Amartya Sen para instituir uma nova ética para o desenvolvimento internacional, mas que vem ganhando bastante destaque no campo dos direitos humanos, sobretudo em face do aperfeiçoamento promovido por alguns de seus adeptos. É disso que se ocupam os próximos seguimentos.

3.3 A teoria das capacidades de Amartya Sen

A disputa teórica entre Amartya Sen e John Rawls não é nova. Em 1979, na série conhecida como *Tanner Lecture on Human Values*, Amartya Sen apresentou, sob o título *Equality of What?* (SEN, 2006. p. 473-483), uma alternativa aos bens primários sociais como medida de justiça.

Na visão de Sen, a abordagem dos bens primários dispensa pouca atenção à diversidade dos seres humano, funcionando bem apenas naqueles casos em que as pessoas são basicamente semelhantes. Porém a capacidade de aproveitamento dos bens primários, ou seja, a habilidade em convertê-los naquilo que um ser humano é capaz de ser e de fazer na sua vida, varia significativamente de pessoa para pessoa. E, na moldura dos princípios de justiça de Rawls, uma pessoa com alguma incapacidade ou deficiência não teria direito a uma quota extra de bens primários não importando o quão grave fosse essa incapacidade ou deficiência (SEN, 2006. p. 478-480).

Ora, incapacidades ou deficiências não são objeto explícito de princípios, mas de regras. Cabe, pois, ao legislativo considerar, nos casos específicos e sem véu da ignorância, uma cota extra de necessidades especiais (mínimo existencial) e de bens primários. O acordo de princípios diz respeito tão somente aos elementos condicionais

essenciais. Além do mais, as incapacidades decorrentes de deficiências estão contempladas no próprio conteúdo do mínimo existencial, uma vez que trata das condições básicas para uma vida digna e é pressuposto do primeiro princípio de justiça. Fica claro que o conteúdo do mínimo existencial e a lista dos bens primários rawlsiano comportam, sim, a consideração de uma ampla gama de variações. A efetivação de “um índice de bens primários” é suficientemente flexível para atender a justiça e a equidade.

De acordo com a teoria de Sen, em linhas gerais, a qualidade de vida em uma dada sociedade é medida com base nas *capacidades* e *funcionalidades* humanas (*capabilities* e *functionings*²⁶), ao invés de outros métodos tradicionais, como, por exemplo, aqueles baseados na riqueza, na utilidade ou na satisfação de necessidades básicas. Por conseguinte, o tipo mais relevante da igualdade para fins políticos é a igualdade de capacidades (SEN, 1998). Ora, não é exatamente isso que Rawls chama de “qualidades morais”? Ao sustentar que a concepção política de pessoa comporta cidadãos livres e iguais, a igualdade se refere precisamente ao fato de possuírem um grau mínimo necessário de qualidades morais para o exercício da cidadania ou serem “membros cooperativos da sociedade”. É claro que se trata de qualidades para fins políticos. É a concepção política e normativa de pessoa que está em jogo.

“O conceito de *functionings* [...] reflete as várias coisas que uma pessoa pode valorizar *ser* ou *fazer* [...], desde as mais elementares, como ser adequadamente nutrido e estar livre de doenças evitáveis, até realizações e estados pessoais mais complexos, como tomar parte na vida da comunidade, ter autorrespeito e assim por diante” (SEN, 2000. p. 75). *Capability* se refere à possibilidade real de realizar uma combinação de *functionings*²⁷. O foco é a liberdade substantiva, a pessoa deve ser efetivamente capaz (nesse sentido, efetivamente livre) de determinar o que *quer*, o que

²⁶ Não existe uma palavra em português que traduza com exatidão o significado de *capabilities*, que se representa a efetiva possibilidade de realizar um conjunto de *functionings*, e nem *functioning*, que expressa determinados estados e atividades valiosas para os seres humanos. A primeira expressão geralmente é traduzida para o português como capacidades ou habilidades, e a segunda, como funcionamentos, funcionalidades ou efetividades. Optou-se, aqui, por utilizar *capacidade* e *funcionalidade*. O conceito de *functioning*, de acordo com Amartya Sen tem raízes aristotélicas. A distinção que ele faz entre *commodities* e *functioning* pode auxiliar na compreensão. Para o economista indiano, *commodities* compreende renda em si, coisas que podem ser trocadas por renda e coisas que podem ser consideradas rendas, enquanto *functioning* são “características do estado de existência de uma pessoa”, não coisas que a pessoa ou sua família pode possuir ou produzir (SEN, 2001. p. XII)

²⁷ “A functioning is an achievement, whereas a capability is the ability to achieve. Functionings are, in a sense, more directly related to living conditions, since they are different aspects of living conditions. Capabilities, in contrast, are notions of freedom, in the positive sense: what real opportunities you have regarding the life you may lead.” (SEN, 2001. p. 36).

valoriza e, finalmente, o que *decide escolher*, faça ou não uso dessa oportunidade (SEN, 2009. p. 231-232).

Sob essa ótica, a pobreza deve ser vista como a privação de capacidades básicas e não apenas como baixo rendimento, que é o critério padrão de identificação da pobreza, embora a falta de recursos seja, de fato, uma de suas principais causas, na medida em que pode ser determinante para furtar a capacidade de uma pessoa. Com efeito, se a qualidade de vida é medida pelas capacidades e pelas funcionalidades, o que importa é a possibilidade de converter a renda naquilo que se valoriza *ser* ou *fazer*, e outros tipos de contingências (variabilidades individuais) além da carência econômica influenciam nesse processo, como as que decorrem das heterogeneidades pessoais, do ambiente físico, das condições sociais e de diferenças culturais - diferenças em perspectiva relacional (SEN, 2000. p. 84; 2009. p. 255).

Porém Amartya Sen não explica – e nem se propõe a fazê-lo – quais *functionings* e *capabilities* são essenciais para que as pessoas levem uma vida digna. E a questão da classificação das capacidades básicas, como reconhece, é uma, talvez a mais importante, entre as muitas dificuldades da sua noção de igualdade. Não obstante, qualquer que seja sua aplicação, é certo que, para o economista indiano, o sopesamento entre diferentes capacidades é culturalmente dependente, a escolha de determinadas capacidades em detrimento de outras deve ser o resultado de uma deliberação pública participativa e, acima de tudo, que eliminar a privação de algumas capacidades essenciais para uma vida decente é de vital importância (SEN, 2006. p. 481; 2010. p. 238-253).

Por outro lado, como não explicita quais as capacidades humanas considera básicas e nem expõe os fundamentos que justificariam eventual escolha, a teoria de Sen é severamente criticada, dizendo seus críticos que ele estaria a pressupor um conhecimento objetivo do que seria uma vida boa ou estaria a defender uma compreensão abrangente de bem, enquadrando-se mais numa forma de liberalismo abrangente do que de liberalismo político (KELLY, 2010. p. 61-80), além de não satisfazer a exigência de publicidade e nem se preocupar com o custo social e o financiamento da distribuição de capacidades (POGGE, 2006. p. 167-228; 2010. p. 17-60).

Definitivamente, Sen parece não considerar suficientemente o tema das variações desenvolvidas por Rawls no *Liberalismo Político*. O problema é como lidar com essas variações ou capacidades. Sobre a necessidade do mínimo essencial,

Rawls responde com a concepção política da pessoa. Com o que está abaixo do mínimo, a resposta está no legislativo e no judiciário e em grande parte no primeiro princípio de justiça: o direito ao mínimo existencial. Pode-se citar como exemplo o direito fundamental à saúde. O tratamento de variações decorrente de doenças ou outras fatalidades está aí assegurado. As variações acima do “mínimo essencial” não são objeto de princípios. Vantagens e incentivos podem ser concedidos, desde que beneficiem os menos favorecidos. Para o exercício da cidadania uma teoria da justiça deve preocupar-se, em primeiro lugar, com o mínimo necessário. Sen não responde satisfatoriamente a essa questão.

A insuficiência da teoria das capacidades desenvolvida por Sen, porque demasiadamente abstrata, parece exigir uma busca, entre seus adeptos, de algumas contribuições que a tenham aperfeiçoado. Martha Nussbaum e Elisabeth Anderson podem ser citadas como exemplos.²⁸

4. A título de conclusão: bens primários sociais e capacidades, uma aproximação possível e adequada para a definição do direito ao mínimo existencial

Muitas são as diferenças que separam a teoria da justiça da Rawls da ideia de justiça de Amartya Sen, algumas inconciliáveis. Porém, em matéria de mínimo existencial, as duas abordagens se complementam.

Rawls pretende construir uma concepção política de justiça, na qual o enfoque é dado às instituições básicas. Para tanto, ele parte de condições normais, em que todos têm as capacidades físicas e psicológicas mínimas para exercer os dois poderes morais. Assim, faz sentido pressupor que uma distribuição equitativa de bens primários seja suficiente para atender aos critérios de justiça distributiva. Mas isso não significa que desconsidera as variações. Seu construtivismo propõe-se a um acordo em torno dos elementos constitucionais realmente essenciais, isto é, que atenda a estrutura básica da sociedade. Sen, por seu turno, preocupa-se em identificar, nas sociedades existentes, eventuais injustiças com o fim de reduzi-las tanto quanto possível, para o que não é necessário estabelecer uma forma de identificar a sociedade perfeitamente justa.

²⁸ Não é propósito deste estudo, desenvolver esse debate. De Nussbaum, ver *Capabilities and Human Rights* e de Anderson, ver *What is the Point of Equality?* e *Justifying the Capabilities Approach to Justice*.

Sem descurar da pertinência da preocupação de Sen, parece evidente que a solução de casos pontuais não basta. É necessário estabelecer um modelo de justiça, até para que seja possível identificar as situações de injustiça. E a redução das injustiças depende, em muito, de instituições básicas justas. Em contrapartida, um modelo de justiça não pode ser insensível a situações peculiares que fogem à moldura idealizada.

De um lado, Rawls reconhece que a distribuição de bens primários sociais não serve para casos extremos, em que, por decorrência de determinadas variações individuais, as pessoas se encontram abaixo do mínimo essencial. A questão é saber como se deve lidar com essas variações? De outro, Sen parece admitir que sua teoria não substitui, mas complementa à de Rawls, ao afirmar referir que o “foco nas capacidades básicas pode ser vista como uma extensão natural da preocupação de Rawls com os bens primários, deslocando a atenção dos *bens* em si para o *que* os bens fazem para os seres humanos” (SEN, 2006. p. 481).

Além disso, a lista de bens primários idealizada por Rawls abrange praticamente todos os itens da lista de capacidades básicas elaborada por Nussbaum. Aliás, respondendo às críticas de Sen sobre a injustiça em se garantir o mesmo índice de bens primários a pessoas com capacidades básicas diversas, Rawls esclarece que sempre pressupôs que os cidadãos, apesar de não terem capacidades iguais, efetivamente têm, ao menos no grau mínimo essencial, as capacidades morais, intelectuais e físicas que os possibilitam ser membros plenamente cooperativos da sociedade ao longo de toda a vida²⁹. E quando estão abaixo desse mínimo devem ter tratamento especial por parte do legislativo para poderem ser reintegrados no exercício da cidadania.

Porém, não há dúvidas de que o foco dos bens primários de Rawls não está nas liberdades substantivas em si, mas nos meios para alcançá-las. E o grande problema de sua teoria, que pode muito bem ser ampliada para incorporar a maior parte das críticas que lhe são feitas, é relegar, para o estágio legislativo, a questão das diferenças de capacidades para fins de distribuição dos bens primários sociais. Ocorre que tão delicada questão não pode ficar nas mãos das maiorias políticas contingentes. Daí a indispensável contribuição da teoria das capacidades de Amartya Sen, esta

²⁹ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded ed. New York: Columbia University Press, 2005. p. 183. No original: “I have assume throughout, and I shall continue assume, that while citizens do not have equal capacities, they do have, at least to the essential minimum degree, the moral, intellectual, and physical capacities that enable them to be fully cooperating members of society over a complete life”.

aperfeiçoada por alguns de seus seguidores.

Enfim, reitera-se que não se tem qualquer pretensão de exaurir o assunto e, menos ainda, a ambição de resolver os problemas teóricos e práticos que gravitam em torno deste intrincado e ao mesmo tempo fascinante tema que é a definição do conteúdo do direito mínimo existencial. Almeja-se, tão-somente, contribuir para o debate, instigando a reflexão e o diálogo crítico.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Elisabeth. What is the Point of Equality? *Ethics*, v. 109, n. 2, p. 287-337, Jan. 1999.

_____. Justifying the Capabilities Approach to Justice. In BRIGHOUSE, Harry; ROBEYNS, Ingrid (Ed.). In *Measuring Justice: Primary Goods and Capabilities*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 81-100.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas: uma decisão singular do Tribunal Constitucional: Anotações ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02. *Jurisprudência Constitucional*, n. 1, jan./mar. 2004. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JJA_MA_4503.pdf> Acesso em: 13 jun. 2009.

ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 56, p. 89-103, set./dez. 2005.

_____. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.

ARNESON, Richard J. Equality and Equal Opportunity for Welfare. *Political Philosophical Studies*, v. 56, p. 77-93, 1989.

BENTHAM, Jeremy. *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Gale, The Making of Modern Law, 2010.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: FERRAZ, Ana Cândida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *Direitos humanos fundamentais: positividade e concretização*. Osasco: EDIFIEO, 2006.

CROCKER, David A. Functioning and Capability: the Foundations of Sen's and Nussbaum's Development Ethic. *Political Theory*, v. 20, n. 4, p. 584-612, Nov. 1992.

_____. Functioning and Capability: the Foundations of Sen's and Nussbaum's Development Ethic, Part 2. In: NUSSBAUM, Martha, C.; GLOVER, Jonathan (Eds.).

Women, Culture and Development: a Study of Human Capabilities. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 153-198.

DANIELS, Norman. Health-Care Needs and Distributive Justice. *Philosophy and Public Affairs*, v. 10, n. 2, p. 146-179, Spring 1981.

DIAS, Maria Clara. *Os direitos sociais básicos: uma investigação filosófica da questão dos direitos humanos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse of Law and Democracy*. Translated by William Rehg. Cambridge Press, 1998.

KELLY, Erin. Equal Opportunity, Unequal Capability. In: In BRIGHOUSE, Harry; ROBEYNS, Ingrid (Ed.). *Measuring Justice: Primary Goods and Capabilities*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 61-80.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LIEBENBERG, Sandra. The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights. *South African Journal on Human Rights*, v. 2, part 1, p. 18, 2005.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

MICHAELS, Jon D. To Promote the General Welfare: the Republican Imperative to Enhance Citizenship Welfare Rights. *The Yale Law Journal*, v. 111, p. 1457-1498, Apr. 2002.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. *Direito Público*, ano V, n. 26, p. 18-41, mar./abr. 2009.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State, And Utopia*. Basic Books, 1977.

_____. Distributive Justice. In: GOODIN, Robert; PETTIT, Philip (Eds.). *Contemporary Political Philosophy*. 2nd ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2006. p. 201-228.

NUSSBAUM, Martha C. Human Functioning and Social Justice: in Defense of Aristotelian Essentialism. *Political Theory*, v. 20, n. 2, p. 202-246, May 1992.

_____. Capabilities and Human Rights. In: HAYDEN, Patrick. *The philosophy of human rights*, St. Paul: Paragon House, 2001. p. 212-240.

_____. *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

POGGE, Thomas W. A Critique of the Capability Approach. In BRIGHOUSE, Harry; ROBEYNS, Ingrid (Ed.). In *Measuring Justice: Primary Goods and Capabilities*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 17-60.

POGGE, Thomas W. Can the Capability Approach be Justified? *Philosophical Topics*, v. 30, n. 2, p. 167-228, 2006.

RAWLS, John. Justice as Fairness. *The Philosophical Review*, v. 67, n. 2, p. 164-194, Apr. 1958.

_____. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Political Liberalism*. Expanded ed. New York: Columbia University Press, 2005.

_____. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANDEL, Michael (ed.). *Liberalism and its Critics*. New York: New York University Press, 1984.

_____. *Justice: What's the Right Thing to Do?* Reprint ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.

SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 171-231, out./dez., 2007.

_____; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Constitucionalismo e democracia: breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 37, n. 119, p. 73-94, set. 2010.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: ARRUDA, Paula (Coord.). *Direitos Humanos: questões em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 574-575.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano VI, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Classificação dos Direitos Fundamentais – do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEN, Amartya. Equality of What? In: GOODIN, Robert; PETTIT, Philip (Eds.). *Contemporary Political Philosophy*. 2nd ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2006. p. 473-483.

_____. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 2000.

_____. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

_____. *The Idea of Justice*. Cambridge: Belknap Harvard, 2009.

_____. *The Standard of Living*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

_____. The place of capability in a theory of justice. In BRIGHOUSE, Harry; ROBEYNS, Ingrid (Ed.). *Measuring Justice: Primary Goods and Capabilities*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 238-253.

STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 199-224.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução de Róbson Ramos dos Reis et al. Petrópolis: Vozes, 1997.

WALZER, Michael. Complex Equality. In: GOODIN, Robert; PETTIT, Philip (Eds.). *Contemporary Political Philosophy*. 2nd ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2006. p. 484-500.

_____. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983.

_____. Welfare, Membership and Need. In: SANDEL, Michael (ed.). *Liberalism and its Critics*. New York: New York University Press, 1984.

WEBER, Thadeu. Justiça e poder discricionário. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 2, n. 2, p. 214-242 jan./mar. 2008.

Recebido em 28/05/2015

Aprovado em 18/09/2015

Received in 28/05/2015

Approved in 18/09/2015