

**MÍNIMO EXISTENCIAL E ACESSO À JUSTIÇA:
A PROPOSTA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E
A CONSTRUÇÃO DO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA**

*EXISTENTIAL MINIMUM AND ACCESS TO JUSTICE:
THE PROPOSAL OF INSTITUTIONAL DIALOGUES AND THE
CONSTRUCTION OF THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE ROLE*

*MÍNIMO VITAL Y ACCESO A LA JUSTICIA:
LA PROPUESTA DE LOS DIÁLOGOS INSTITUCIONALES Y LA
CONSTRUCCIÓN DEL PAPEL DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA*

Gustavo Carlos Couto Knopp¹

RESUMO

O estudo se dedica a avaliar a relação entre o mínimo existencial e o acesso à justiça, bem como a investigar as possíveis medidas que envolvem o tema da justiciabilidade do direito ao mínimo existencial. Explora, também, as potencialidades das práticas dialógicas incorporadas a processos judiciais como alternativas construtivas para a concretização de direitos sociais. Nesse teor, expõe o papel da Defensoria Pública enquanto veículo de atestação da gramática dos direitos humanos em ações individuais e coletivas, e como ferramenta necessária na expansão do acesso à justiça de grupos vulneráveis, a fim de concretizar a garantia do mínimo existencial no campo das práticas dialógicas, e o princípio democrático. Para tanto, utiliza, essencialmente, o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, com revisão de doutrina nacional e estrangeira. Em remate, propõe que, quando os temas a serem decididos trouxerem repercussões nos direitos de pessoas vulneráveis, há que se ouvir o que a Defensoria Pública tem a dizer.

Palavras-chave: Defensoria Pública; mínimo existencial; acesso à justiça; diálogos institucionais; direitos fundamentais sociais.

ABSTRACT

The study aims to evaluate the connection between the existential minimum and access to justice, as well as to investigate possible measures related to the issue of adjudication of the right to the existential minimum. It also explores the potential of dialogical practices incorporated into judicial processes as constructive alternatives for the realization of social rights. In this content, the article exposes the role of the Public Defender's Office as a vehicle for affirming the grammar of human rights in individual and collective actions, as well as a necessary tool in expanding access to justice for vulnerable groups, in order to

¹ Defensor Público; Defensoria Pública do Rio Grande do Sul; gustavo-knopp@defensoria.rs.def.br.

ensure the guarantee of the existential minimum in the field of dialogical practices, and well as the democratic principle. For this, it essentially uses the deductive method of approach and the technique of bibliographical research, with a review of national and foreign doctrine. In conclusion, it proposes that, when the issues to be decided bring repercussions on the rights of vulnerable people, it is necessary to hear what the Public Defender has to say.

Keywords: Public Defender's Office; existential minimum; access to justice; institutional dialogues; social fundamental rights.

RESUMEN

El estudio tiene como objetivo evaluar la relación entre el mínimo vital y el acceso a la justicia, así como investigar posibles medidas relacionadas con el tema de la justiciabilidad del derecho al mínimo vital. También explora el potencial de las prácticas dialógicas incorporadas en los procedimientos judiciales como alternativa para la realización de los derechos sociales. En este sentido, expone el papel de la Defensoría Pública como vehículo para afirmar la gramática de los derechos humanos en acciones individuales y colectivas, así como herramienta necesaria para ampliar el acceso a la justicia de grupos vulnerables, a fin de garantizar el derecho al mínimo vital en las prácticas dialógicas, y el principio democrático. Para ello, utiliza esencialmente el método deductivo de abordaje y la técnica de investigación bibliográfica, con revisión de doctrina nacional y extranjera. Para concluir, propone que, cuando las cuestiones a decidir traigan repercusiones sobre los derechos de personas vulnerables, es necesario oír lo que la Defensoría Pública tiene para decir.

Palabras clave: Defensoría Pública; mínimo vital; acceso a la justicia; diálogos institucionales; derechos fundamentales sociales.

Data de submissão: 16/02/2023

Data de aceite: 11/04/2023

1 INTRODUÇÃO

O estudo se dedica a avaliar a relação entre o mínimo existencial e o acesso à justiça, bem como a investigar as possíveis medidas (judiciais ou extrajudiciais) que envolvem o tema da justiciabilidade do direito ao mínimo existencial. Seguindo tal percurso, avaliam-se as potencialidades das práticas dialógicas incorporadas a processos judiciais como alternativas para a concretização de direitos sociais e o papel da Defensoria Pública na expansão do acesso à justiça dos grupos vulneráveis.

Para realizar tais tarefas, será necessário explorar a noção de mínimo existencial e sua relação com o princípio da dignidade humana, bem como as interlocuções de ambas as noções com os direitos fundamentais sociais. Procura-se delimitar algumas potencialidades do alcance da garantia do mínimo existencial, abordando as alternativas teóricas da doutrina nacional (Sarlet, Barcellos e Sarmento) e estrangeira (Rawls, Walzer e Alexy).

A adjudicação de direitos vinculados ao mínimo existencial e ao núcleo essencial dos direitos sociais, como é de se pressupor, está longe de se tratar de um tema simples. Os óbices que se apresentam não são apenas de ordem hermenêutica, como também de ordem fática, econômica e orçamentária. O enfrentamento de tais questões leva à necessária consideração do papel constitucional de cada um dos poderes constituídos, bem como das técnicas mais adequadas para garantir uma maior efetividade aos direitos fundamentais.

Ao tratar sobre técnicas para a declaração e materialização de direitos, o estudo expõe a teoria dos diálogos institucionais como alternativa de atuação apta a promover uma abertura democrática e instaurar atividades coordenadas entre poderes e instituições na concretização dos direitos a prestações. A construção teórica da noção do mínimo existencial ficaria esvaziada sem a garantia do acesso à justiça. O estudo, dessarte, objetiva situar o papel constitucional da Defensoria Pública na garantia do acesso à justiça e na seara dos diálogos institucionais.

Partindo da crítica doutrinária ao déficit de representatividade nos arranjos institucionais latino-americanos, o trabalho explora a função da Defensoria Pública enquanto instituição destinada a abrandar esse insulamento argumentativo e vocacionada a potencializar o alcance de grupos vulneráveis, a fim de que suas vozes sejam ecoadas nos debates com expressão constitucional, visando a um amplo acesso à justiça e à ordem jurídica justa.

2 O CONTEÚDO E A EFICÁCIA DO DIREITO ÀS CONDIÇÕES BÁSICAS PARA UMA VIDA DIGNA E SAUDÁVEL – O MÍNIMO EXISTENCIAL

Hoje parece basilar a lição de que o Estado não possui um fim em si

mesmo; o ser humano, sim. Todo o Direito e a esfera de normatividade não podem ser compreendidos ou justificados sem que se tenha em conta o ser humano como seu destinatário, com a proteção de seus direitos e a atenção às suas responsabilidades enquanto componente de uma comunidade – ele “é o destinatário final tanto da mais prosaica quanto da mais elevada norma jurídica” (ANDRADE, 2003).

A toda comunidade jurídica subjaz uma determinada ética comunitária, que conduz aos valores por ela partilhados – àquilo que julga como “bom”, “recomendável” ou “devido” – em um certo recorte espaço-temporal. As escolhas éticas são dotadas de um caráter de historicidade, motivo pelo qual os antecedentes históricos e o modo como eles se inscrevem no registro simbólico da comunidade desempenham um papel importante no que se entende como “bom” ou “devido” – embora nem toda ética se baseie na noção de “dever” (HOOFT, 2013). A história institucional e a moralidade dão ensejo ao surgimento de novos direitos políticos na sociedade (DWORKIN, 1993).

Tal explicação preliminar é necessária para posicionar o papel da noção de dignidade humana após o fim da Segunda Guerra Mundial, em especial porque a proteção ao *mínimo existencial* constitui uma decorrência da adoção da dignidade como fundamento do ordenamento. A superação do paradigma do legalismo estrito não teve como agente principal uma “sobreposição teórica” das doutrinas filosóficas que a ele se contrapunham nas primeiras décadas do século passado. Foi a experiência histórica, com a ascensão de regimes totalitários que tiveram suas práticas desumanas albergadas pelo ordenamento interno, que tornou evidente a necessidade de que se tivesse cautela ao tomar-se o sistema jurídico por um prisma estritamente legalista.

A conjuntura histórica mundial ocasionou, em países com propósitos democráticos, um movimento político-jurídico que deu ensejo à inscrição de valores éticos em textos constitucionais, a fim de colocar em manifesto o compromisso com a preservação de uma ordem pluralista e democrática, que tenha por fim a proteção das pessoas e o desenvolvimento de sua personalidade, e não apenas a manutenção de uma estrutura estatal de poder. Paralelamente, no plano do Direito Internacional, em especial após a criação

da Organização das Nações Unidas, passaram a ser editadas declarações e pactos destinados à proteção dos direitos humanos e à defesa da dignidade humana. O contexto nos conduz à filosofia de Immanuel Kant, que tanto idealizou a criação de uma organização tal como a ONU (KANT, 2018) como lançou as bases de fundamentação racional para a noção de dignidade humana (KANT, 2013), apartando-a de seu sentido originário, marcadamente hierárquico, presente na Roma antiga (FRIAS; LOPES, 2015).

Kant (2013) argumenta que, no sistema da natureza originário, o homem, avaliado como mero *animal rationale*, somente teria um valor relativo e externo de utilidade por sua diferenciação dos outros animais. No entanto, quando considerado como *persona (homo noumenon)*, como sujeito de uma razão prático-moral, eleva-se acima de qualquer preço e necessita ser avaliado não meramente como meio para outros fins, e nem mesmo para os seus próprios fins, mas como fim em si mesmo. Possui a *dignidade* como *valor interno absoluto*, constringendo os outros seres racionais a terem *respeito* por ele e podendo medir-se e avaliar-se em pé de *igualdade* com qualquer outro dessa espécie. Para tanto, deve considerar-se como uma pessoa que tem para consigo deveres impostos pela sua própria razão.

Sem prejuízo das relevantes críticas ao modelo excessivamente racionalista da ética do dever kantiana (HOOFT, 2013), é inegável a utilidade prática do conceito filosófico da dignidade humana, em especial quando visto sob a ótica da ciência jurídica. Em nosso contexto republicano, a *dignidade* encontra-se no agir eivado de *responsabilidade* e de *solidariedade* “para consigo, para com o *outro* e para com o mundo”; algo que “se autorrealiza na *liberdade* e se correaliza na *solidariedade*”, tornando o mundo-da-vida mais aprazível para si, para o *outro* e para as gerações futuras (MASSAÚ, 2011).

Barroso (2013) propõe que, no discurso internacional, a dignidade humana possuiria um *conteúdo mínimo* de três elementos: (i) o *valor intrínseco* como elemento ontológico ou fundamental, correspondendo ao (i.1) postulado antiutilitarista, segundo o qual a pessoa é fim em si mesma, e não meio para realização de metas coletivas e projetos de outros indivíduos; e ao (i.2) postulado antiautoritário, que dita que é o Estado que existe para o indivíduo, e

não o indivíduo que existe para o Estado; (ii) a *autonomia individual* como elemento ético, consistente na possibilidade de buscar a sua própria maneira de viver e aquilo que se entende por uma vida boa, compreendendo a definição das regras que vão reger sua vida (autodeterminação); (iii) o *valor comunitário* como elemento social, indicando a possibilidade de limitação da autonomia por restrições impostas em nome de valores ou interesses sociais, ou seja, restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de bem-estar coletivo e de vida boa, que devem ser justificadas sobre as bases de um *consenso sobreposto*, conforme proposto por Rawls, que identifica as ideias básicas de justiça capazes de serem compartilhadas por defensores de diferentes doutrinas abrangentes. Barroso (2013) pontua que a autonomia está associada a um conjunto de direitos relacionados com o constitucionalismo democrático, tais como a garantia de liberdades básicas (autonomia privada) e à participação política (autonomia pública) defendidas por Habermas (1997), bem como ao conceito de mínimo existencial, ou o direito básico às provisões necessárias para que se viva dignamente.

A ideia de garantia de um mínimo existencial parece ser um ponto de encontro entre doutrinas jusfilosóficas/hermenêuticas de diferentes tradições e pode ser razoavelmente inferido, nesse sentido, das lições de John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy (BARCELLOS, 2017)². Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls baseia-se em uma concepção da natureza do homem individualista e liberal para formular uma nova proposta contratualista, segundo a qual propõe que imaginemos um estágio preliminar hipotético no qual os homens teriam de formar um consenso sobre princípios básicos de funcionamento da sociedade e de distribuição de bens, tudo isso sem que saibam, de antemão, quais posições sociais ocuparão ou quais serão seus projetos de vida individual, condição essa designada como véu da ignorância (*veil of ignorance*). O autor defende que isso garantiria uma espécie de ajuste apto a proporcionar uma inviolabilidade pessoal mínima que franqueie o livre

² A chave de compreensão para a exposição das teorias de Rawls, Walzer e Alexy neste trabalho segue o mesmo percurso trilhado por Ana Paula de Barcellos (2017), complementado com trechos das obras originais. A ressalva é feita a fim de justificar a contenção de referências, destinada a manter a fluidez textual. O raciocínio aqui apresentado, todavia, é extraído do artigo referenciado, em especial quanto às duas primeiras teorias.

desenvolvimento de sua personalidade e a maior quantidade de bem-estar possível, por meio de um procedimento equitativo que conduza a um resultado, se não justo, pelo menos não injusto (BARCELLOS, 2017).

A despeito de sua visão liberal e procedimental, é interessante perceber que Rawls apresenta o mínimo existencial como pressuposto lógico de sua proposta teórica. Em *O Liberalismo Político*, Rawls defende a existência de dois princípios em sua lógica de justiça procedimental: (i) o *princípio da liberdade* – de estatura constitucional –, que defende que cada pessoa deve ter acesso a um mesmo sistema de liberdades básicas que seja o mais extenso possível, além de compatível com o sistema de liberdades das demais pessoas numa sociedade diversa e plural; (ii) o *princípio da diferença* – norma programática, de estatura legislativa e infraconstitucional –, que demanda que as desigualdades econômicas e sociais sejam administradas de modo que proporcionem maiores expectativas aos mais desfavorecidos e possibilitem uma mobilidade social mediante funções acessíveis a todos em posição de igualdade equitativa de oportunidades. Para o autor, a garantia de condições materiais mínimas que possibilitem essa mobilidade constitui um pressuposto que não fundamenta apenas o princípio da diferença, mas o próprio princípio da liberdade, de *status* constitucional³.

Em outra vertente filosófica, o comunitarista Michael Walzer destaca que, apesar da existência de uma dimensão individual em cada pessoa, é incorreto considerar o indivíduo como desenraizado de uma estrutura social ou coletiva. Os valores compartilhados não são apenas individuais, mas sim relativos culturais. Propõe então que o principal aspecto de uma teoria da justiça é a garantia de uma ausência de subordinação ou dominação, de modo que se deve evitar que os bens possam servir a tal finalidade. Na obra *Esferas da Justiça*, a ideia de um mínimo existencial (ou social) não é abordada de forma direta pelo autor, mas ele destaca alguns critérios essenciais, como é o caso da necessidade vinculada à *assistência social* e da igualdade como via de acesso à *educação básica*. Já em *Thick and Thin*, respondendo às críticas ao

³ Também se aproxima dessa posição o doutrinador brasileiro Ricardo Lobo Torres, que visualiza o mínimo existencial como um direito pré-constitucional e decorrente dos direitos da liberdade (TORRES, 2008).

excessivo relativismo de sua primeira formulação, o autor passa a identificar duas camadas valorativas: (i) a moralidade mínima ou nuclear (*thin*), que se refere ao aspecto universal do indivíduo, isto é, à sua humanidade; (ii) as moralidades máximas ou plenas (*thick*), que decorrem da vida comunitária. Embora não trate de estipular critérios para fixar um “mínimo universal”, Walzer (1994), que é um defensor dos direitos humanos, não deixa de buscar por uma conciliação entre o universalismo mínimo e a política da diferença.

Com Robert Alexy (2012), a formulação do mínimo existencial ganha outros contornos, porque produzida no âmbito de uma teoria dos direitos fundamentais, e não de uma teoria filosófica dos sistemas de justiça. Sua teoria se propõe a lidar com a normatividade dos princípios. O autor entende que regras e princípios estão inseridos no conceito de *norma*, “porque ambos dizem o que deve ser [e] podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”. Haveria, entretanto, uma diferença bem definida entre essas espécies normativas. Os princípios seriam normas que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, constituindo, assim, *mandados de otimização*, que poderiam ser satisfeitos em graus variados. O maior ou menor âmbito de aplicação de um determinado princípio, no que diz respeito às suas possibilidades jurídicas de otimização, seria definido pelos princípios e regras com ele colidentes. De outro lado, as regras, para Alexy, seriam “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”; quando uma regra é válida, “deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. Em razão disso, sustenta o autor que as regras compreendem *determinações* no seu âmbito de incidência, ou seja, dentro das suas possibilidades fáticas e jurídicas de aplicação. No que se refere ao conflito entre regras, o raciocínio de Alexy é de que o conflito “somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”, pois o conceito de validade jurídica não é graduável.

No que toca à colisão entre princípios⁴, Alexy (2012) defende que essa

⁴ Alexy (2012) chama de colisão, e não de conflito, a antinomia existente entre princípios, pois entende

situação de tensão é resolvida por meio de um processo de *sopesamento*, cuja finalidade é definir qual dos princípios tem maior peso em uma situação concreta, ainda que estejam, abstratamente, em um mesmo nível. Assim, em lugar de cogitar da declaração de invalidade de um dos princípios em colisão ou da introdução de uma exceção a um deles, a proposta do autor é no sentido de que deve ser estabelecida uma *relação de precedência condicionada* entre eles, consistente “na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro” (o que resulta no suporte fático de uma regra).

Embora a Lei Fundamental da Alemanha não preveja expressamente direitos fundamentais sociais, Alexy identifica que o *direito fundamental a um mínimo existencial* é consequência da aplicação do princípio da igualdade fática, e não propriamente da cláusula do Estado Social. Alexy (2012) defende que, em que pese possa haver a necessidade de sopesamentos com outros princípios – o que é comum na temática de direitos fundamentais –, o “enunciado da igualdade, que inclui a igualdade fática, pode, nos casos de mínimo existencial, fundamentar direitos definitivos concretos à criação de uma igualdade fática”, indicando que as condições para a definitividade dos direitos a prestações são “necessariamente satisfeitas” no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos (que seriam, portanto, obrigatórios). Seriam exemplos o direito “a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica”. O Tribunal Constitucional Federal (TCF) reconhece a fundamentalidade do mínimo existencial (SARLET; KRONBAUER, 2021), um direito subjetivo aos “recursos materiais para uma existência digna” que foi sustentado originariamente na Alemanha pelo publicista Otto Bachof, em formulação dogmática acolhida pelo Tribunal Administrativo Federal e mais tardiamente pelo TCF (SARLET, 2013).

Em nosso ordenamento, Sarlet (2013) defende que o direito ao mínimo existencial abrange não só o “mínimo vital” ou “mínimo de sobrevivência”: a dignidade humana somente estará garantida “onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável”, o que

que os conflitos ocorrem na *dimensão de validade*, enquanto as colisões, na *dimensão de peso*.

compreende a *dimensão sociocultural* considerada como elemento nuclear a ser respeitado/promovido, e o *componente ecológico* de garantia de condições ambientais para uma vida digna (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010).

Alexy (2012) ressalta que há prestações materiais básicas cujo reconhecimento judicial seria impositivo independentemente da atividade legislativa e mesmo em um cenário de crise econômica, pois é “exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído”. Apesar da dificuldade de se definir de forma apriorística os elementos nucleares do mínimo existencial e até da inconveniência de se estabelecer um rol taxativo (SARLET, 2013), há construções na doutrina nacional no sentido de definir algumas das prestações materiais básicas cujo reconhecimento seria impositivo pelo Poder Judiciário, compreendendo a educação fundamental, a saúde básica – saneamento, atendimento materno-infantil, ações de medicina preventiva e prevenção epidemiológica –, a assistência social aos desamparados e, também, o *acesso à justiça* (BARCELLOS, 2003).

Nesse teor, é intuitivo considerar que a garantia à assistência jurídica integral e gratuita em prol das pessoas necessitadas (art. 5º, LXXIV, CRFB), atribuída à Defensoria Pública por delimitação de nosso texto constitucional (art. 134, “caput”, CRFB), também há de ser vista sob o prisma de *prestação material mínima*, dado que, sem que haja o efetivo acesso à justiça, não se mostra sequer viável a adjudicação das demais prestações materiais básicas, quando insatisfatoriamente prestadas. De todo modo, ao contrário do que pode parecer *prima facie*, pondera-se que tal atribuição não se resume a uma reivindicação *individualista* de direitos, podendo e devendo envolver medidas de viés coletivo e *solidarista*, muitas vezes mais afeitas à natureza dos direitos envolvidos e à busca pela efetividade social (SOUSA, 2010), campo esse em que se inserem as medidas dialógicas examinadas neste estudo.

Pelo percurso até aqui trilhado, é possível divisar a relação entre o princípio da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, e o direito ao mínimo existencial, que consiste no conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que toda pessoa tem direito, enquanto núcleo irredutível da dignidade humana, indicando a redução máxima que se pode fazer em

atenção aos princípios colidentes da separação dos poderes (menor interferência possível na competência do legislativo e executivo) e da reserva do possível – daí porque, após o processo de ponderação, *passa a incidir como regra*, e não como princípio (BARCELLOS, 2017). Importa ressaltar que o direito ao mínimo existencial – inclusive por referenciar-se na dignidade humana – não se confunde com o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, os quais não possuem sequer uma recondução necessária ao princípio da dignidade, visto que o rol de direitos fundamentais pode incluir direitos variados, condicionados à escolha do constituinte originário ou derivado (ALMEIDA, 2009). Ademais, a cobertura dos direitos sociais pode (e deve) superar o atendimento do mínimo existencial, que funciona como *um piso para a justiça social*, mas não como um teto para a atuação estatal na promoção da igualdade material (SARMENTO, 2016).

A esta altura, parece claro que o mínimo existencial possui densidade normativa para ser reconhecido como um *direito público subjetivo*, passível de ser adjudicado. Embora a declaração judicial de tal direito seja evidentemente relevante, nem sempre isso é o suficiente ou o mais *adequado* em termos processuais. Como ressalta Sarmento (2016), há casos em que a lesão ao mínimo existencial decorre de problemas estruturais (v.g., deficiência das políticas públicas de universalização do saneamento básico, relativas à má qualidade do ensino público), quando a atuação solitária do Poder Judiciário pode não ser a solução ideal, recomendando o emprego de técnicas processuais mais flexíveis. Se parece correto afirmar que o órgão judicial não pode se esquivar de controlar políticas públicas deficitárias – em especial no que se refere ao *mínimo existencial* –, tal posição não exclui o uso de técnicas processuais mais abertas e dialogadas. Sarmento (2016) dá o exemplo da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, que, em casos como o do paradigmático estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, determina aos entes estatais que formulem planos de ação para resolução do problema, examina e aprova estes planos e depois monitora a sua implementação, em processo público, com a participação da sociedade civil.

Com tais medidas, em vez de o Poder Judiciário apresentar “soluções

prontas para problemas complexos”, força os demais poderes a agirem e se tornarem corresponsáveis pelo desenlace da questão (SARMENTO, 2016). Nessa mesma linha, casos paradigmáticos da Corte Colombiana foram aqueles que discutiram os temas da proteção dos direitos de população deslocada forçadamente em territórios internos (*desplazamiento forzado*), tais como pequenos agricultores, indígenas e população negra (Sentencia T-025/2004), e da tutela do direito à saúde como direito adjudicável, notadamente em prol de pacientes com especial vulnerabilidade (Sentencia T-760/08). São assuntos que envolvem diferentes esferas de vulnerabilidade e que, em nosso País, conduziriam à atuação da Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis*, como será explorado no próximo tópico.

3 A PROPOSTA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA (HABERMAS), A CRÍTICA AO ARRANJO INSTITUCIONAL (GARGARELLA) E A CONSTRUÇÃO DO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA

A legitimidade democrática na atuação dos poderes da República é um objeto de discussão na teoria constitucional. As ponderações a respeito da legitimidade das decisões das cortes e sobre a discricionariedade judicial são um tema que perpassa grande parte do debate contemporâneo a respeito dos limites do Direito e impulsiona as diferentes escolas de filosofia do Direito. Está presente no debate entre H. L. A. Hart e Ronald Dworkin, como também na disputa entre as leituras substancialistas e procedimentalistas a respeito do sentido e conteúdo da Constituição.

É neste último campo que se pode situar a proposta de democracia deliberativa da Jürgen Habermas. A proposta de Habermas (1997) visa à consagração de formas mais efetivas de participação popular que supram as dificuldades encontradas na democracia representativa, caracterizada por uma intervenção apenas indireta por parte do povo na tomada de decisões. Como modo de intensificar essa participação popular, dá relevo aos processos formais e informais de discussão e argumentação pública que precedem a tomada de decisão, que tendem a servir como modo de garantia de justificação

racional dos argumentos contrapostos, com o objetivo de que a decisão final seja fruto de uma soma de razões e busca de consensos, em vez da sobreposição do grupo com mais poder político (OLIVEIRA; AMORIM, 2019).

A permanente disputa de ideias é característica de um arranjo social no qual sempre existirão múltiplos interesses colidentes. Com base nisso, Jeremy Waldron (2003) refere a existência de um *desacordo moral razoável* na esfera do debate político. Marcelo Neves (2006) observa que, em uma sociedade contemporânea hipercomplexa, o consenso é *meramente eventual*, de sorte que a desavença moral é absorvida pelo acordo decorrente do reconhecimento dessas divergências entre valores e interesses apresentadas em processos institucionalizados pela Constituição. A solução sugerida por Habermas para tal impasse reside no nível do discurso, funda-se na *intersubjetividade*.

A *democracia deliberativa* baseia-se em uma ordem de ideias que, não obstante o risco de reducionismo, pode ser assim sintetizada: (i) como o consenso na sociedade é meramente eventual, há a necessidade de encontrar-se um instrumental teórico para harmonizar o desacordo moral e a estabilidade social; (ii) esse instrumento deve envolver a justificação das decisões tomadas pelos cidadãos e/ou seus representantes, para que não sejam a mera enunciação de preferências cruas de uma maioria (isto é, preferências anteriores ao processo deliberativo e dialogado), mas constituam soluções justificadas pela razão, à luz de princípios procedimentais aceitos por cidadãos dispostos a cooperar entre si, como iguais; (iii) o cidadão deixa de ser mero destinatário das ações do Estado, passando a figurar como agente autônomo (coautor), consciente de que a solução encontrada em cada caso faz referência a princípios consensualmente aceitos por pessoas em situação de igualdade; (iv) essas decisões, embora vinculantes por um determinado período de tempo, são também *dinâmicas*, de sorte que não possuem pretensão de definitividade, consistindo em resultados com caráter provisório; (v) a provisoriedade dos resultados se funda no reconhecimento de que possa haver um entendimento incompleto da situação por parte dos debatedores/intérpretes (porque inviável prever todas as variáveis e consequências) e também em razão de que questões complexas raramente são decididas de forma consensual, de modo

que é mais fácil ao discordante aceitar uma decisão que poderá ser revertida no futuro; (vi) esses aspectos dialogados, que buscam a interação e o entendimento (ação comunicativa), redundariam em uma forma mais aceitável de regulamentação jurídica da circulação do poder, em lugar de uma ação estratégica fundamentada na busca autocentrada dos próprios propósitos (OLIVEIRA; AMORIM, 2019; BRANDÃO, 2017; GUTTMAN; THOMPSON, 2007).

Outro ponto de divergência indaga *quem* teria legitimidade para conferir a palavra final, ainda que provisória, sobre a vontade constitucional ou o “sentido da Constituição”. De acordo com determinada linha de argumentação, no âmbito da democracia, o parlamento constituiria expressão do “princípio democrático” (como democracia representativa) e da soberania popular (representante da voz da maioria), ao passo que às cortes caberia exercer o papel de guarda da Constituição (princípio contramajoritário), de modo que haveria um certo ambiente de tensão entre democracia e constitucionalismo (MENDES, 2008). A esses dois valores é que Habermas atribui a característica de equiprimordialidade: o *constitucionalismo* garantiria a liberdade e igualdade de todos perante a lei, ao passo que a *democracia* garantiria a possibilidade de autogoverno do povo por si, no que se incluíam as escolhas constitucionais.

A respeito de quem seria o intérprete mais legítimo para conferir a “última palavra”, ainda que provisória, às questões constitucionais, Conrado Hübner Mendes expõe a contraposição de argumentos entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron: enquanto Waldron, pelo prisma da igualdade política, sublinha a conquista moral que a regra da maioria representa, Dworkin objetiva uma “visão mais genuína de igualdade, que não se limite à noção modesta por trás do voto majoritário – a igualdade de consideração e respeito”; assim que, ainda que possa haver desacordos morais em sociedades pluralistas como aponta Waldron, para Dworkin as cortes estariam em melhor posição e teriam mais expertise para encontrar a resposta certa (MENDES, 2008).

O desenho institucional que atribui ao Poder Judiciário a última palavra no sentido de Constituição, de toda sorte, não é imune a críticas. Roberto Gargarella duvida que o papel institucional conferido às cortes, no modelo de

controle de constitucionalidade, favoreça um verdadeiro *diálogo aberto e entre iguais*, como advogam as teorias do diálogo institucional. Realça a tensão entre o princípio da separação dos poderes e da soberania popular, de um lado, e o método da revisão judicial (*judicial review*) das decisões do parlamento pelas cortes, decorrentes da adoção do modelo de freios e contrapesos. O autor, com base na leitura das razões de Madison, joga luz sobre o fato de que esse modelo institucional se baseia numa escolha “agonística”, seguindo uma *lógica de guerra* – significa dizer: pressupõe uma postura “autocentrada” por parte de cada uma das instituições, decorrente de uma *presunção* de desconfiança sobre possíveis arroubos autoritários advindos de outros poderes. Na opinião de Gargarella, o *judicial review* próprio de sistemas de controle de constitucionalidade baseados na supremacia judicial é pouco receptivo às propostas de democracia deliberativa, porque favorece muito mais uma lógica adversarial do que um ambiente discursivo efetivamente dialogado, além de depender da “boa vontade” casuística do julgador quanto à determinação de mecanismos de abertura do processo ao diálogo (GARGARELLA, 2013).

Há um certo consenso no campo das teorias constitucionais de que, diante de um ambiente de tensionamento entre a escolha hegemônica e os direitos humanos/fundamentais, à corte incumbiria (não só, mas com destaque) garantir o respeito aos direitos das minorias políticas, como expressão do princípio contramajoritário. A própria prática da revisão judicial (*judicial review*) é associada a promessas mais ou menos ambiciosas de proteção de direitos e das minorias (MENDES, 2008). Cuida-se de uma ideia atrelada ao surgimento e à história do próprio movimento constitucionalista, como dique de resistência às forças majoritárias de ocasião. No particular, todavia, surge a inquietação: por melhor que seja a intenção do intérprete, o que garante esse exercício de atuação contramajoritária? Se ao Poder Judiciário são atribuídas (e até esperadas) as características de inércia e imparcialidade, por que se supõe que o julgador aja como uma espécie de protetor do politicamente minoritário? É coerente e oportuno eleger um poder imparcial como uma espécie de representante das vozes politicamente minoritárias?

A respeito do arranjo institucional nos países latino-americanos –

inspirados no modelo de revisão judicial (*judicial review*) estadunidense –, a crítica de Gargarella é contundente. Indicando uma suposta “derrota do Direito” na América Latina, o autor identifica certas razões pelas quais os modelos institucionais falharam em conferir respostas satisfatórias às demandas de cidadania, nos seguintes termos: (i) em um nível sociológico, indica que não há como determinar-se dois grupos homogêneos como sendo “majoritários” e “minoritários”, porque as características e interesses de cada grupo são múltiplos; (ii) com isso, o controle judicial de constitucionalidade acaba por fundar-se em uma concepção elitista da imparcialidade, visto que as minorias que têm por função exercer a revisão judicial não são as mesmas minorias que se busca proteger; (iii) o voto é incapaz, por si só, de servir como expediente para exercer de modo eficaz a *accountability* (prestação de contas à sociedade) do parlamento, haja vista que se trata de mecanismo insuficiente para captar as preferências cidadãs em todos os seus matizes; (iv) a crise de representatividade, a bem da verdade, não é fruto do acaso, mas antes esperada, dado que nosso desenho institucional resultou de um pacto histórico entre elites de liberais e conservadores para acomodar seus interesses e desconfianças recíprocas umas em relação às outras no palco da “democracia” (GARGARELLA, 2020; VITALIANI, 2021).

Gargarella defende, como forma de fortalecer a coesão social e o ideal democrático, o estabelecimento de um processo deliberativo inclusivo que promova um diálogo entre iguais, por meio da *desconcentração do poder*, da adoção de *mecanismos participativos* dos sujeitos afetados por políticas públicas e de um *sistema de controles exógeno* que possibilite um maior poder das pessoas sobre os seus representantes. Propõe, ainda, que, em contextos de grande desigualdade, os profissionais do Direito deveriam colocar seus serviços em prol daqueles socialmente vulneráveis, e não no interesse das elites econômicas (GARGARELLA, 2020; VITALIANI, 2021).

O texto constitucional brasileiro indica um caminho para suprir o déficit argumentativo na esfera das razões públicas ao estabelecer a Defensoria Pública como instituição independente e autônoma que funciona como expressão e *instrumento do regime democrático*, à qual incumbe a *promoção*

dos direitos humanos e a defesa *judicial e extrajudicial* dos direitos *individuais e coletivos* dos necessitados. A configuração do dispositivo torna clara a função de guardião constitucional dos vulneráveis, com a tarefa de promover uma *abertura ética à alteridade* em matéria dos debates públicos, de modo a democratizá-los. Na disputa de ideias, a Defensoria deve ter o compromisso de servir como um veículo de atestação da gramática dos direitos humanos, atuando estrategicamente para sua divulgação, ampliação e efetivação.

Com enfoque nas dimensões de direitos fundamentais (Bonavides), Daniel Gerhard e Maurilio Casas Maia (2015) indagam como a Defensoria Pública pode atuar para garantir o “direito à democracia plena”, identificada como quarta dimensão dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o órgão defensor também é designado como *amicus communitas*: a fim de traduzir sua mensagem, é necessário que haja um contato “defensor-comunidade” para que possa imprimir um legítimo trânsito entre as cortes e as comunidades. Assim, a quarta dimensão dos direitos fundamentais, enquanto *democracia plena*, exige não só uma voz político-jurídica abstrata na grande “comunidade de comunicação”, mas a participação efetiva e informada de comunidades periféricas e carentes de representação político-jurídica, propiciando-se aos grupos vulneráveis igualdade de oportunidade discursiva. Essa espécie de atuação também vem sendo designada como *amicus democratiae*: uma atuação política não só a fim de efetivar direitos e garantias fundamentais no contencioso judicial, mas também contribuindo ativa e *preventivamente* para o aperfeiçoamento da democracia (CAVALCANTE; ROCHA, 2019).

O papel da Defensoria Pública como guardião constitucional dos vulneráveis (*custos vulnerabilis*) foi trabalhado com apuro por Maia (2017) ao salientar como a principiologia que anima a atividade do órgão defensor termina por traduzir-se enquanto *posição institucional* na esfera processual – isto é, a Defensoria Pública atua como legítima ativa no âmbito do *direito processual coletivo*, de processos estruturais, e também como *parte interveniente* na formação de precedentes e em processos afetos às suas funções institucionais. Nesse teor, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu admitir-se a intervenção da Defensoria Pública da União como *custos*

vulnerabilis em hipóteses nas quais há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos⁵, como forma de ampliar o contraditório.

Na esteira dos precedentes referentes à legitimidade que já se somam nos Tribunais Superiores⁶, a Defensoria Pública deve agir como interlocutora dos direitos dos vulneráveis e dos direitos humanos no plano processual, atuando como parte interveniente nas ações em que estejam em discussão direitos coletivos (*lato sensu*) de pessoas em situação de vulnerabilidade, quer se trate de processos individuais, coletivos ou estruturais; quer se trate de formação de precedentes ou ações de controle concentrado de constitucionalidade. Cuida-se de quesito obrigatório para que se possa atingir o ideal democrático de modo inclusivo e plural; se não como um efetivo *diálogo aberto e entre iguais*, o mais próximo possível dessa realidade. A garantia do direito ao mínimo existencial está compreendida nesse campo de atuação, dado que o arcabouço teórico que o delimita como *direito subjetivo* restaria esvaziado sem que se garantissem às pessoas necessitadas os meios para a reivindicação de tal direito. Justamente por isso, o *acesso à justiça* também se insere no conteúdo mínimo da dignidade humana (BARCELLOS, 2003).

4 CONCLUSÃO

O propósito que animou este estudo foi o de analisar as imbricações que existem entre três conceitos: a dignidade humana, o mínimo existencial e o acesso à justiça. A dignidade, que possui tanto uma feição individual como coletiva, pressupõe a garantia de condições básicas para uma vida digna e saudável. A despeito de divergências de segunda ordem, a noção geral de mínimo existencial parece constituir um ponto de acordo entre correntes jusfilosóficas/hermenêuticas de diferentes tradições. Como refere Sarlet, em matéria de mínimo existencial, procedimentalismo e substantivismo não são necessariamente inconciliáveis.

Defendeu-se que o *mínimo existencial* abrange a garantia das condições

⁵ STJ, Segunda Seção, EDcl no REsp 1712163/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, julgado em 25/09/2019.

⁶ STF, ADI 3.943; STJ, REsp 1.264.116/RS; STF, RE 733.433; STJ, EREsp n. 1.192.577; STJ, REsp 1.449.416; STJ, AgInt no REsp 1573481/PE.

básicas para uma vida digna e saudável, além de possuir eficácia normativa direta. Não se ignoram as dificuldades existentes na eleição das medidas que permitam uma maior realização fática do seu espectro normativo. As medidas dialógicas constituem alternativas profícuas para evitar o possível insulamento judicial na declaração “unilateral” de direitos sem atenção às particularidades da atividade legislativa e administrativa. Tais medidas potencializariam o componente democrático das decisões proferidas em matéria de direitos prestacionais, sem descurar da cautela no que se refere às garantias que compõem o mínimo existencial, haja vista sua fundamentalidade.

A construção teórica da noção de mínimo existencial ficaria esvaziada sem a garantia do acesso à justiça, dado que são justamente os grupos vulneráveis (vulnerabilizados) que mais necessitam da defesa de suas condições básicas. A Constituição da República confere à Defensoria Pública a tarefa de veicular pretensões de tal cariz, em juízo e fora dele, como representante processual ou como *custos vulnerabilis et plebis*, e atuar em processos da espécie. Em outros termos, quando os temas a serem decididos trouxerem repercussões nos direitos de pessoas vulneráveis, há que se ouvir o que a Defensoria Pública tem a dizer. A potencialização dos meios de acesso à justiça equivale à potencialização da realização do mínimo existencial e dos direitos prestacionais, seja por meio de ações individuais, seja pela via das ações coletivas ou das técnicas dialógicas de justiciabilidade, que visam à concretização de um *diálogo aberto e entre iguais* que reforce o constitucionalismo democrático.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Angela. **O mínimo existencial e a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares**. 2009. 149f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2009.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Waltzer e Robert Alexy. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 06-27, jan./jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 95-147, out./dez. 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CAVALCANTE, Bruno Braga; ROCHA, Jorge Bheron. A atuação da Defensoria Pública como *amicus democratiae*: fortalecendo as relações interinstitucionais e prevenindo violações a direitos. In: CONGRESSO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS, 14., 2019, Rio de Janeiro. **Anais [...]**. Rio de Janeiro: ANADEP, 2019.

DWORKIN, Ronald M. **Los derechos en serio**. Buenos Aires: Planeta Argentina, 1993.

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. Considerações sobre o conceito de dignidade humana. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 649-670, jul./dez. 2015.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, v. 14, dez. 2013.

GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina**: siete tesis. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020.

GERHARD, Daniel; MAIA, Maurilio Casas. O defensor-Hermes e *amicus communitas*: a representação democrática dos necessitados de inclusão discursiva. **Informativo Jurídico In Consulex**, Brasília, v. 22, p. 11-12, jun. 2015.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa? **Revista de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan./mar. 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOOFT, Stan Van. **Ética da virtude**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. [S. l.]: KTTK Editora, 2018. *E-book*.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013.

MAIA, Maurilio Casas. A Defensoria Pública enquanto institucionalização constitucional da defesa dos vulneráveis frente a ordem jurídica e aos poderes públicos. *In*: COSTA-CORRÊA, André L.; SILVIO, Solange Almeida Holanda (org.). **Sociedade e Estado**: ao direito de defesa às garantias fundamentais do cidadão frente ao Estado. Porto Alegre: Paixão, 2017.

MASSAU, Guilherme Camargo. **A reorientação do princípio republicano a partir da solidariedade**: o cosmopolitismo na coisa pública. 2011. 378 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa; AMORIM, Larissa Balsamao. O diálogo institucional e a última palavra. **Revista do Curso de Direito do UNIFOR**, Formiga, v. 10, n. 2, p. 71-86, jul./dez. 2019.

RAWLS, John. **Justice as Fairness: A Restatement**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 29-44, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo

Wolfgang (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; KRONBAUER, Eduardo Luís. Mínimo existencial, assistência social e estado de direito - análise de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 63, p. 02-25, jan. 2021.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 1644-1689, 2016.

SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da LC n. 132/09) a visão individualista acerca da instituição?. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 408, p. 165-216, mar./abr. 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VITALIANI, Emiliano. La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis. **Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja**, Buenos Aires, n. 26, p. 141-150, jun./nov. 2021.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALZER, Michael. **Thick and thin: moral argument at home and abroad**. Notre Dame: University Press, 1994.