# PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E DIREITOS PRESTACIONAIS

PEOPLE ON THE STREETS AND SOCIAL RIGHTS

**EMERSON GARCIA***

*Recebido para publicação em junho de 2012*.

**RESUMO:** Após identificar os elementos estruturais da dignidade humana, resultante da convergência do *ser* humano com o *estar* humano, o estudo individualiza os dois direitos sociais cuja ausência torna-se mais perceptível em relação às pessoas em "*situação de rua*". São eles a alimentação e a habitação. O primeiro assegura a continuidade biológica, o segundo, uma existência digna. Direitos dessa natureza, conquanto dependam, regra geral, de integração pela legislação infraconstitucional, que indicará as prestações a serem oferecidas, os destinatários em potencial e a respectiva fonte de custeio, podem ter o seu conteúdo integrado pelo princípio mais amplo da dignidade humana e serem imediatamente exigidos dos poderes constituídos, inclusive com a intervenção do Poder Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** situação de rua; dignidade humana; habitação; alimentação; e discricionariedade.

**ABSTRACT:** After identifying the structural elements of human dignity, resulting from the convergence of be human with the human being, the study differentiates the two social rights whose absence becomes more noticeable in relation to people in "the streets". They are the feeding and the housing. The first ensures biological continuity, the second, a dignified existence. Rights of this nature, though dependent, in general, of the integration by legislation, which will indicate the services to be offered, recipients and their potential source of funding, may have your content integrated by the broader principle of human dignity and be immediately required of the constituted powers, including with the intervention of the Judiciary.

**KEY WORDS:** homelessness; human dignity; housing; feeding and discretion.

## 1. A aporia inicial

O designativo inaugural de nossas considerações, "*pessoas em situação de rua*", é daqueles cuja polissemia não passa despercebida. Na língua portuguesa, o signo linguístico "*rua*", do latim *ruga*,[1] significando ruga e, em momento posterior, caminho, tem um sentido que não destoa de outros congêneres, colhidos em línguas diversas. Trata-se de uma via pública que margeia propriedades ou outras áreas públicas, em um ou em ambos os lados, intermediada, ou não, por uma faixa exclusiva para pedestres.[2] Por extensão, também é possível falarmos nos "*habitantes de*

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e ex-Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça (2005-2009). Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Assessor Jurídico do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda).

[1] TORRINHA, Francisco. Dicionário Latino Português. 2ª ed.. Porto: Gráficos Reunidos, 1942, verbete "*ruga*", p. 759.

[2] Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, verbete "*rua*", p. 1.525; *Diccionario Enciplopedico Universal*. Madrid: Cultural S.A., 2000, verbete "*calle*"; *Parola Chiave*. *Dizionario di Italiano per Brasiliani*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, verbete "*via*", p. 860; *Larousse Dictionnaire Encyclopédique Illustré.* Paris: Larousse, 1997, verbete "*rue*", p. 1.396; *Langenscheidts Groβwörterbuch*. 5ª ed.. Berlin: Langenscheidt, 2002, verbete "*Straβe*", p. 950.

*uma rua*", isso para fazermos menção àquelas pessoas que residem em habitações lindeiras a certa rua; ou em "*homem da rua*", indicando como tal o cidadão médio, não importando quem seja.[3] Essa última expressão, a depender do intérprete, também pode ser estendida à pessoa sem moradia (*homeless*[4], *Wohnungslos*[5]), que vaga pelas ruas sem ter para onde ir. Esse é o sentido que atribuiremos às nossas breves reflexões. Trataremos da situação de inúmeros seres, biologicamente enquadráveis na espécie humana, dotados de razão, isso ao menos no plano conceitual, e que, de modo voluntário, ou não, vivem (vegetam, não fosse a confusão conceitual com a botânica, certamente seria uma opção a ser considerada) no espaço público, seja, ou não, tecnicamente considerado uma rua (*v.g.*: parques, viadutos, árvores etc.).[6]

E porque distinguir o "*homem da rua*" do "*homem da casa*", quando ambos, indistintamente, são enquadráveis sob a epígrafe da "*espécie humana*"? A resposta é simples: a civilização contemporânea há muito compreendeu que ao *ser* humano deve ser agregado o *estar* humano, surgindo, da convergência desses elementos, a noção mais ampla de dignidade humana, tão ao gosto de tantos quantos queiram enfatizar a necessidade de assegurar algo a alguém ou de evitar que algo lhe seja subtraído. É nesse momento que nos deparamos com a nossa "*aporia inicial*". Se a dignidade resulta do *ser* e do *estar* humano, é possível afirmar que, quando esse último elemento estiver ausente, ela também o estará. E aqui surge o questionamento: é possível reconhecermos a existência de um ser humano sem dignidade? Parafraseando Hamlet, em sua entrada triunfal: "*[t]o be, or not to be, - that is the question*".[7] Ou devemos reconhecer a privação da dignidade como um evento que, além de temporário e acidental, deve ser necessariamente superado com a maior brevidade possível? Caso essa proposição seja defensável, de quem é o dever de restabelecer a dignidade? Da própria pessoa temporariamente destituída de dignidade, o que a situaria a jusante da juridicidade, ou de terceiros (*rectius*: família, sociedade ou Estado)?

[3] Larousse Dictionnaire..., verbete "rue", p. 1.396.
[4] *Oxford Advanced Learner's Dictionary*. 4ª ed.. 6ª imp.. Oxford: Oxford University Press, 1991, verbete "*Street*", p. 1271.
[5] Langenscheidts Groβwörterbuch..., verbete "Straβe", p. 950.
[6] O Decreto nº 7.053/2009, que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua, considerou, no parágrafo único do seu art. 1º, "*população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória*".
[7] The Complete Works of William Shakespeare. Hamlet, Price of Denmark. Act III, Secene I – A Room in the Castle. Cleveland: The World Syndcate Publishing Company, s/d, p. 945 (960).

Essas questões, à evidência, hão de ser enfrentadas em qualquer arrazoado que se proponha a analisar, sob o prisma ético-jurídico, a situação das "*pessoas em situação de rua*" e dos direitos que podem opor a terceiros. A temática, que assume proporções dramáticas em Estados de modernidade tardia, tamanho o contingente de pessoas nessa situação, não é desconhecida dos "primos ricos" que emolduram o "primeiro mundo". Para citarmos apenas um exemplo, é bem conhecido, pelos germânicos, o tema "*Leben auf der Straße: Wohnungslos in Deutschland*" ("*Viver na Rua: os sem habitação na Alemanha*"). Trata-se de problema social de contornos universais, que varia em intensidade conforme o estágio de desenvolvimento civilizatório de um dado povo; os fatores que concorrem para o seu surgimento, como os de natureza econômica e familiar; o modo como as estruturas estatais de poder o encaram, reconhecendo, ou não, a existência de um dever assistencial em relação a essas pessoas, máxime quando o estado de penúria é consequência de atos voluntários e facilmente evitáveis (*v.g.*: preguiça, desonestidade, insensatez etc.); e da percepção que a sociedade tem ao seu respeito, partilhando, ou não, um sentimento de solidariedade.

## 2. A dignidade das "pessoas em situação de rua"[8]

Nos Estados formados a partir de sociedades democráticas e pluralísticas, há muito se reconhece a posição de primazia atribuída ao ser humano, justamente visto como fator de legitimação e fim último da atuação estatal. A República Federativa do Brasil não foge a essa regra. Afinal, sua ordem constitucional reconhece que (1) todo o poder emana do povo (art. 2º), (2) a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado (art. 1º, III) e (3) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos e a erradicação da pobreza e da marginalização, é objetivo fundamental (art. 3º, I, III e IV).

Ainda que a ciência política esteja longe de alcançar um ponto de convergência quanto à noção de povo, é inegável que esse signo linguístico alberga os indivíduos que possuem um vínculo jurídico com o Estado, o que é normalmente expresso pelo conceito de nacionalidade, alcançando tanto os residentes em seu território, como os que se encontram no exterior. É nesse sentido que se

[8] Parte das considerações realizadas neste item reflete o constante de obra inédita, do articulista, intitulada "*Interpretação Constitucional. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*", resultante de tese de doutoramento apresentada à Universidade de Lisboa e aprovada, por unanimidade, por júri composto pelos Professores Doutores J. J. Gomes Canotilho e Fernando Bronze, da Universidade de Coimbra, e pelos Professores Doutores Jorge Miranda (orientador), Jorge Reis Novais, Carlos Blanco de Morais, David Duarte, Pedro Romano e Miguel Teixeira de Souza.

pode falar em povo brasileiro, povo alemão etc.. Embora seja factível que nem todos os integrantes do povo participam da formação da vontade política (*v.g*.: são normalmente excluídos do exercício da cidadania os jovens de reduzida idade, os alienados mentais etc.), é nele que o poder encontra a sua base de legitimação. Sartori, aliás, já observara que, no plano etimológico, democracia significa "*poder do povo*".[9] Não é por outra razão que Abrahan Lincoln, no célebre discurso de Gettysburg, de 19 de novembro de 1863, afirmara que democracia é o governo "*do povo, para o povo e pelo povo*". É possível reconhecer, sem maiores esforços argumentativos, que tanto o "*homem da rua*", como o "*homem da casa*", integram o conceito mais amplo de povo. Logo, o poder estatal emana de ambos.

A reconhecida primazia dos direitos humanos no Estado de Direito, fruto da concepção de ser humano enquanto razão e fim do poder estatal, tem influenciado, intensamente, o delineamento do arquétipo constitucional. É possível afirmar que o discurso dos direitos do ser humano consubstancia a "*linguagem da prioridade.*"[10] Afinal, direitos são "*trunfos políticos*"[11] que ostentam inegável força no ambiente sociopolítico, norteando e limitando o exercício do poder. O seu acolhimento, aliás, além de representar uma "*revolução da consciência humana*",[12] tem sido visto como o principal meio para se determinar a correção moral da ordem jurídica.[13] Sob a epígrafe dos direitos humanos[14] podem ser incluídos tanto a exigência do *facere*, como do *non facere*, estatal ou privado, voltados à preservação e à garantia da digna existência do ser humano.[15] Direitos dessa natureza, em seus contornos mais amplos, têm sido vistos sob uma perspectiva dúplice. Em um extremo, sua natureza seria puramente idealista ou moral, em que prevalece a ideia de inerência ao indivíduo, que a eles faria *jus* com abstração de sua inserção em uma disposição normativa formal. No extremo oposto, seriam objeto de reflexão e análise sob uma ótica jurígena, isso em razão de sua absorção por uma ordem jurídica, internacional ou interna, normalmente recebendo, no âmbito

[9] *Théorie de la Democratie* (*Democrazia e definizioni*). Trad. de HURTIG, Christiane. Paris: Librairie Armand Colin, 1973, p. 3.
[10] CAMPBELL, Tom. *Rights: a critical introduction.* New York: Routledge, 2006, p. 3.
[11] DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously.* 17ª imp.. Massachussets: Harvard University Press, 1999, p. xi.
[12] IGNATIEFF, Michael. *Whose Universal Values? The Crisis in Human Rights.* The Hague: Foundation Horizon, 1999, p. 10-11.
[13] Cf. STONE, Adrienne. *Introduction*, *in* CAMPBELL, Tom, GOLDSWORTHY, Jeffrey Denys e STONE, Adrienne Sarah Ackary. *Protecting human rights: instruments and institutions.* Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 1.
[14] Sobre as distintas concepções de direitos humanos, vide: BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. de COUTINHO, Carlos Nélson. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 17.
[15] Cf. HAASHER, Guy. *Law, Reason and Ethics in the Philosophy of Human Rights, in* SADURSKI, Wojciech (editor). *Ethical dimensions of legal theory.* The Netherlands: Rodopi, 1991, p. 141 (142).

desta última, o designativo de direitos fundamentais (*rectius*: direitos humanos positivados).[16] Um termo comum aos planos moral e jurígeno, internacional ou interno, é o de dignidade da pessoa humana, que seria reconhecida e preservada com o respeito a esses direitos.[17]

Como todo poder emana do povo, nada mais natural que considerar a "*dignidade humana*" um dos fundamentos do Estado, estrutura orgânica que surge a partir desse poder e é responsável pela sua projeção na realidade. Se a ilação é simples, o mesmo não pode ser dito em relação à densificação do significado dessa expressão, que apresenta textura essencialmente aberta, exigindo do intérprete a resolução de uma série de conflitualidades intrínsecas, todas subjacentes ao processo de interpretação constitucional. Trata-se de expressão incorporada a não poucas ordens constitucionais, exigindo uma intensa participação do intérprete no delineamento do seu significado, o que decorre (1) da vagueza de sua base semântica, (2) de sua evidente polissemia;[18] (3) dos diversos valores que podem ser satisfeitos com a integração do seu conteúdo (*v.g.*: igualdade, justiça social etc.); (4) dos distintos fins que podem ser alcançados sob os auspícios de sua observância (*v.g.*: preservação da liberdade, da vida etc.); e (5) do modo de operacionalizá-la (*v.g.*: não incursão na esfera jurídica individual, oferta dos direitos sociais imprescindíveis à garantia do mínimo existencial etc.). Essas características tornam o seu conteúdo tão volátil quanto importante, máxime quando lembramos a sua permeabilidade aos influxos recebidos do contexto ambiental.

A proteção da dignidade humana costuma enfrentar uma dificuldade básica: a de identificar o que está, ou não, abrangido por ela. De um lado, corre-se o risco de ver como atentatórias à dignidade humana meras afrontas ao bom gosto e à moral comum. Do outro, a de não estender a sua proteção a valores efetivamente basilares à espécie humana. Aqui, retrai-se em excesso. Lá, amplia-se ao ponto de amesquinhar. Face à dificuldade conceitual, não é incomum que, a partir das

[16] Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.* 8ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 30-31; WOLFGANG SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 27-35; IDEM e FILCHTINER FIGUEIREDO, Mariana. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, *in* WOLFGANG SARLET, Ingo e BENETTI TIMM, Luciano (org.). Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do ADVOGADO, 2010, p. 13 (15). Ferrajoli, por sua vez, associa o adjetivo *fundamental* aos *direitos* reconhecidos universalmente [*Sobre los Derechos Fundamentales, in CC* nº 15, julho-dezembro de 2006, p. 113 (116-117)].

[17] A dignidade humana seria o elemento "*de base*" de toda a ordem constitucional. Cf. ALEXANDRINO, José de Melo. A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa, vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 312.

[18] Carmén Lúcia Antunes Rocha destaca a "*ambiguidade e porosidade*" do conceito [O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *in* RIP, nº 4, 1999, p. 23 (24)].

experiências colhidas no ambiente sociopolítico, parcelas características da dignidade humana passem a receber proteção específica, precisando os contornos da violação. É o que se dá, por exemplo, com a proibição da tortura, cuja principal função é preservar aspectos físicos e morais inerentes à dignidade de todo e qualquer ser humano.

Com os olhos voltados à essência da pessoa humana e à projeção dessa essência na realidade, quer em sua individualidade, quer na inter-relação com a sociedade ou o Estado, é possível identificar dois elementos estruturais da dignidade que lhe é característica. O primeiro deles consiste na própria existência do ser humano, enquanto ser vivo e racional, que deve estar protegido de qualquer ameaça que possa comprometer a sua continuidade, quer essa ameaça provenha de ações (*v.g.*: atentados à integridade física), quer de omissões (*v.g.*: indiferença ao estado de penúria). O segundo elemento se manifesta no estar humano ou, mais especificamente, na possibilidade de ser, fazer ou receber algo. Não obstante as variações de conteúdo, esse arquétipo básico da dignidade costuma ser acolhido pela maior parte das construções teóricas que se dedicam à temática, já que, rotineiramente, todas se preocupam em justificar as razões e os efeitos de sua proteção.

Embora seja exato afirmar que os rótulos nem sempre expressam a essência, pode-se reconhecer, sob uma perspectiva metodológica, que as distintas concepções existentes a respeito da dignidade humana tendem a ser enquadradas, em suas linhas gerais, sob a epígrafe do naturalismo, do positivismo e da sensibilidade axiológica. Enquanto os dois últimos apresentam variações de conteúdo de acordo com os circunstancialismos de natureza espacial e temporal, o que os situa no plano mais amplo do relativismo, o primeiro, lastreado em algum dos alicerces metafísicos (teológico, racionalista, humanista etc.) que dão sustentação às teorias dessa natureza, assume contornos universais. Essa classificação, é importante frisar, além de sua simplicidade estrutural, direciona-se ao alicerce de sustentação da dignidade humana, não propriamente à essência da faculdade e da proteção que oferece ao indivíduo, o que justifica a não incursão em teorias como (1) a liberal, que valoriza a liberdade individual em um sentido negativo, obstando a intervenção estatal; (2) a institucional, que direciona sua atenção não à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, mas ao seu caráter objetivo, à garantia oferecida pelo aparato estatal; (3) a do Estado Social, que

atribui ao indivíduo o direito à percepção de direitos prestacionais; (4) a democrática, que valoriza a participação política e a consequente moldagem do aparato estatal etc..[19]

De acordo com as construções naturalistas, a proteção à dignidade humana independe das variações de contexto ou, mesmo, de sua expressa recepção pela ordem jurídica. Os direitos humanos, de importância superior e precedente,[20] seriam atributos inatos de todo e qualquer ser humano, intangíveis e inalienáveis, acompanhando-o por toda a existência, não apresentando variações no tempo e no espaço.[21] Configurariam o cerne do sistema moral de uma coletividade, antecedendo o processo político e se sobrepondo a ele.[22] Por serem preexistentes ao direito posto, de natureza voluntária, produzido pelo homem, somente seriam passíveis de apreensão e conhecimento, não de criação.

É inegável que o naturalismo, em especial aquele de contornos teológicos, com destaque para o cristianismo, teve influência decisiva para a sedimentação dos direitos humanos.[23] O homem, imagem e semelhança de Deus, teve sua essência valorizada e protegida. A Bíblia, partindo de um referencial de fé, apregoa o respeito a todo ser humano, a correção do pensar e do agir, e, consequentemente, a harmônica convivência social. A universalidade apregoada pelo naturalismo, embora tenha o mérito de realçar a igualdade entre todos os seres humanos, apresenta uma vulnerabilidade que aconselha a adoção de construções alternativas.

Em primeiro lugar, observa-se que nem todos os serem humanos estão em posição de irrestrita igualdade, o que decorre de suas qualidades intrínsecas (*v.g*.: doentes mentais) ou do modo como interagem com o entorno (*v.g*.: consoante a sua condição financeira), daí decorrendo o surgimento de aptidões e necessidades distintas, com a consequente exigência de tratamento diferenciado. Acresça-se que os povos não evoluem de modo linear, não sendo incomum que condições razoáveis de vida em certos locais sejam consideradas insuficientes ou, mesmo,

[19] Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales, in Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Trad. de REQUEJO PAGÉS, Juan e VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignácio. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 45-71; e MIRANDA. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV. 4ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 49-50.
[20] Cf. CRANSTON, Maurice. *What Are Human Rights*?, London: Blodey Head, 1973, p. 63.
[21] Cf. LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo (*Two Treatises of Government*). Trad. de MARINS, Alex. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 23 e ss..
[22] Cf. BARBOSA PINTO, Marcos. Constituição e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 89.
[23] Cf. BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e Reconhecimento – Uma Análise Estrutural da Dignidade da Pessoa Humana, *in* ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (org.). Dignidade da Pessoa Humana. Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 39 (40); e SEELMANN, Kurt. *Rechtsphilosophie.* 4ª ed.. München: Verlag C. H. Beck, 2007, p. 210-211.

humilhantes, em outros. Na medida em que poucos direitos apresentariam contornos de indiscutível relevância e indispensabilidade para todos os seres humanos do planeta, a consequência seria uma concepção demasiado tímida e restritiva a seu respeito. O próprio desenvolvimento dos direitos humanos correria o risco de estagnação, isso por que o tratamento linear terminaria por ver as posições de vanguarda adotadas em alguns Estados como meras concessões, não como verdadeiros paradigmas a serem seguidos.

Em segundo lugar, constata-se que a conexão dos direitos humanos a alicerces metafísicos, embora tenha o mérito de conter os excessos do poder, superando a lógica formalista que tantos abusos gerou, não consegue superar as dificuldades argumentativas que surgem ao se tentar justificar como realidades estranhas à ordem jurídica (*rectius*: os direitos humanos) podem prescindir de uma relação jurídica e da intervenção estatal para a sua plena operacionalização.[24]

Para as construções que encampam o positivismo enquanto método, daí decorrendo uma relação de contraposição às teorias naturalistas, fundamentos metafísicos não podem condicionar o conteúdo do direito, mas tão somente informar a sua compatibilidade, ou não, com certos paradigmas tidos como relevantes. Os direitos humanos existem na medida em que reconhecidos pela ordem jurídica, sendo descritos, limitados e protegidos pelo aparato estatal. Construções dessa natureza, em seus contornos extremados, tanto reconheceriam a normalidade em se atribuir qualquer conteúdo aos direitos humanos, como em não se lhes atribuir conteúdo algum. Esse tipo de entendimento, como dito quando da análise da virada axiológica do constitucionalismo, mostrou-se de todo inaceitável a partir do segundo conflito mundial, período em que as mais comezinhas garantias reconhecidas pela humanidade foram solenemente ignoradas com a chancela do direito positivo. Não é incomum, ademais, que a própria ordem constitucional reconheça a sua incompletude e a possibilidade de o homem gozar de direitos outros que não aqueles que possam ser reconduzidos ao potencial expansivo dos seus enunciados linguísticos. A IX Emenda à Constituição norte-americana, de 1791; o art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira de 1988; e o art. 16, 1, da Constituição portuguesa de 1976 são nítidos exemplos da possibilidade de os direitos humanos (*rectius*: fundamentais) encontrarem a sua base de sustentação fora da Constituição formal. É o caso

[24] Cf. BIELEFELDT, Heiner. *Philosophie der Menschenrechte, Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos*. Frankfurt: Primus Verlag, 1998, p. 162.

dos direitos já sedimentados no ambiente sociopolítico, isso no exemplo norte-americano, e dos direitos colhidos no âmbito do direito internacional, como ocorre no paradigma luso-brasileiro.[25]

Esse quadro inicial, como se percebe, não é nada animador. De um lado, a fluidez do naturalismo, refém do subjetivismo do intérprete e órfão da segurança jurídica. De outro, a neutralidade do positivismo, prosélito do formalismo e indiferente aos valores subjacentes ao contexto social. A solução alternativa, por sua vez, parte da premissa de que a preservação da dignidade humana não prescinde do direito e que o direito não deve renegar a plano secundário os aspectos essenciais dessa dignidade.[26] Essa linha argumentativa, que busca compatibilizar a segurança oferecida pelo texto normativo com a base axiológica obtida no contexto, pressupõe que tais aspectos essenciais sejam colhidos fora do direito e tornem-se operativos por meio dele. Malgrado seja exato afirmar, com Campbell,[27] que a efetiva proteção dos direitos humanos pressupõe a sua positivação em um direito concreto, internacional ou doméstico, isso não importa em afirmar que sua existência deve ser identificada com esses mecanismos de proteção. O discurso dos direitos humanos é, essencialmente, um discurso axiológico, não prescindindo de juízos valorativos de igual natureza. Em verdade, face aos inúmeros atos de direito internacional voltados à sua proteção, já é possível visualizá-los, ao menos em sua essência, como um "*consenso de valores universal*" ("*universaler Werterkonsens*").[28]

Também aqui a dignidade é vista como algo inerente ao ser humano,[29] [30] delineada a partir dos valores sociais sedimentados no contexto, o que realça a sua perspectiva historicista[31] e a contínua sensibilidade à renovação dos influxos sociais, denotando o seu acolhimento pela

[25] Cf. MIRANDA. Manual..., Tomo IV..., p. 11-12.
[26] Cf. MOUTOUH, Hugues. *La dignité de l'homme en droit*, *in RDPSP* nº 1, 1999, p. 159 (165).
[27] Cf. CAMPBELL, Tom. *Human Rights: Shifting Boundaries*, *in* CAMPBELL, Tom, GOLDSWORTHY, Jeffrey Denys e STONE, Adrienne Sarah Ackary. *Protecting human rights: instruments and institutions.* Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 18 (24).
[28] RENSMANN. *Wertordnung...,* p. 11-12.
[29] A DUDH, de 1948, é um referencial da ideia de inerência: o seu primeiro considerando dispõe sobre o "reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana" e o art. 1º que "[t]odas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos." Lembrando a técnica adotada pela Constituição polonesa de 1997, após a reforma de 2005, deve-se reconhecer que "a dignidade inerente e inalienável da pessoa é a fonte dos direitos e das liberdades do homem e do cidadão" (art. 30).
[30] Cf. WOLFGANG SARLET, Ingo. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível, *in* LEITE SAMPAIO, José Adércio (org.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del-Rey, 2006, p. 403 (411).
[31] Cf. KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito (*Rechtsphilosophie*). Trad. de CORTÊS, António Ulisses. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 435.

"*consciência jurídica geral.*"[32] A dignidade deve ser vista como a "*manifestação vinculante de uma identidade*", a identidade do ser humano, que dele não pode ser dissociada. Ostenta um valor, o mais alto de todos os valores afetos ao ser humano.[33] E regula o comportamento de todos que interagem com ele.[34] A dignidade é reconhecida a todos os seres humanos pelo só fato de partilharem uma essência comum, sendo dotados de razão e liberdade intelectiva.[35] Não é por outra razão que, ao afirmarmos que uma conduta ou situação específica viola a dignidade humana, estaremos afirmando, *ipso facto*, que essa conduta ou situação é atentatória à própria condição de pessoa humana.[36]

É importante ressaltar que a ideia de *inerência*, situando na condição humana o fator de justificação da dignidade, não reflete propriamente uma adesão às correntes naturalistas. Pode ser vista, em verdade, como uma das principais portas de penetração da moral no direito. É o valor mais importante e paradigmático entre todos os valores.[37] A própria subsistência da vida em comunidade obsta que seus distintos membros deixem de ver, uns aos outros, como integrantes da espécie humana, sendo imprescindível, de modo correlato, a observância de todos os seus atributos. Em qualquer caso, é necessário que a inerência da dignidade humana seja revalidada pela "*consciência coletiva*". Trata-se de conceito que demanda constante construção pela sociedade e que reflete a reafirmação de uma opção política.[38]

O conteúdo atribuído à dignidade humana tende a assumir grande universalidade quando analisado nos contornos mais amplos da generalidade e da abstração. No extremo oposto, ao nos aproximarmos da especificidade e da concretude, as distinções entre os regimes jurídico-políticos

[32] Cf. VIEIRA DE ANDRADE, Jose Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4ª ed., reimp.. Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 50. No Teeteto de Platão, coube ao sofista Protágoras afirmar que o homem "*é a medida de todas as coisas*", "*das que são e das que são, enquanto são, das que não são, enquanto não são.*" Sócrates, ao explicar a essência desse pensamento a Teeteto, afirma que "*cada coisa é para mim do modo que a mim me parece*" (trad. de NOGUEIRA, Adriana Manuela e BOERI, Marcelo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, 152a, p. 205). Na filosofia platônica, cabe a cada homem apreender a realidade de acordo com sua percepção. E a percepção, enquanto saber, como afirmou Sócrates no diálogo, "*não pode ser falsa*" (152c, p. 206); "*nada nunca é, mas vai se tornando sempre*" (152e, p. 206-207).

[33] Cf. RENSMANN, Thilo. Wertordnung und Verfassung: das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 18.

[34] Cf. BARZOTTO. Pessoa e Reconhecimento..., p. 39 (51).

[35] Cf. DUDH, de 1948, art. 1º. Na doutrina: MIRANDA. Manual..., Tomo IV..., p. 183.

[36] Cf. BARZOTTO. Pessoa e Reconhecimento..., p. 39 (50-51).

[37] Cf. COMPLAK, Krystian. *Dignidad Humana como Categoria Normativa en Polonia, in CC* nº 14, janeiro-junho de 2006, p. 71 (72).

[38] Cf. CASTILHO, Ricardo. Justiça Social e Distributiva. Desafios para concretizar direitos sociais. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 60.

tendem a se acentuar. O direito à vida é um exemplo bem sugestivo a respeito das dissonâncias que podem existir. Se o reconhecimento desse direito assume contornos nitidamente universais, não havendo Estado de Direito que apregoe a sua inobservância, o mesmo não pode ser dito em relação ao modo de vê-lo em um ambiente sociopolítico concreto, o que começa pela identificação dos seus titulares, não sendo incomum a existência de restrições em relação aos titulares desse direito (*v.g.*: a pessoa qualificada como combatente inimigo pode ser condenada à morte mesmo em Estados que proscreveram essa pena; o doente terminal pode vir a sofrer a eutanásia; e o feto pode ser objeto de aborto devidamente autorizado pela lei do Estado) e ao modo de protegê-lo (*v.g.*: com a mera abstenção de incursões que possam violá-lo ou com a imperativa oferta de prestações que assegurem a continuidade de uma vida digna). O relativismo tende a superar o universalismo que se busca atribuir aos direitos humanos, isso por existir uma inescondível relação com as especificidades locais. Os direitos humanos, declarados (*deklariert*) ou convencionados (*konveniert*), por terem sua proteção associada à ordem jurídica, estão sempre vinculados a um dado contexto situacional.[39]

A impossibilidade de se atribuir contornos amplamente universais a significados que não prescindem, na sua formação, da influência de uma base de valores obtida junto ao ambiente sociopolítico, evidencia que o sentido da dignidade humana é nitidamente influenciado pelo que denominamos de "*teoria dos círculos*". Essa teoria indica que a base de valores responsável pela densificação da dignidade humana é influenciada por fatores normativos e sociológicos, que permitem a formação de entendimento a respeito das garantias, proteções e prestações consideradas imprescindíveis para que cada indivíduo tenha sua condição humana efetivamente reconhecida. Os círculos aqui referidos consubstanciam espaços públicos de reflexão e relativa coesão, os quais, não obstante a autonomia que podem ostentar, não permanecem indiferentes entre si. Tangenciam-se nos seus aspectos basilares e distanciam-se nos periféricos. Tendencialmente, quanto maior o círculo, mais restritos serão os pontos de convergência e mais basilares serão os contornos essenciais da dignidade humana. Nos círculos menores o efeito normalmente será inverso. Em consequência, é possível visualizar, na dignidade humana, um conteúdo essencial coexistindo com conteúdos periféricos, que podem ser expandidos ou retraídos conforme as especificidades do respectivo círculo.

[39] Cf. VAN DER VEN , J. J. M.. *Ius Humanum: das Menschliche und das Rechtliche.* Frankfurt Am Main: Metzner Verlag, 1981, p. 3.

Enquanto o centro absorve os seus elementos essenciais e intransigíveis, a periferia densifica as especificidades de cada círculo, com especial realce para o nível civilizatório ali existente, que influi diretamente no modo de ver o ser humano e as suas relações com o poder. Os círculos menores podem ser vistos como a representação de cada Estado de Direito, enquanto os círculos maiores denotam, em um primeiro momento, o direito regional, e, em um segundo momento, o direito internacional. Como os círculos maiores devem harmonizar individualidades muito mais numerosas, é natural que a síntese por eles oferecida seja idêntica aos valores adotados pelo mais moderado dos círculos menores, ao menos para que haja uma relação de compatibilidade entre eles, e que seja mais tímida que os valores prevalecentes no mais progressista dos círculos menores, em que a dignidade humana avança ao ponto de absorver valores que, embora tidos como positivos em outros Estados, não são considerados inerentes à pessoa humana e muito menos indisponíveis.

É possível afirmar que os distintos fatores que compõem a dignidade humana terão o seu epicentro estrutural oferecido pelo direito internacional, que indicará a sua essência, vale dizer, o conteúdo mínimo que não pode ser descurado por qualquer integrante da sociedade internacional.[40] Se o universalismo dessa concepção, ao menos nos planos teórico e ideológico, parece ser lugar comum no Ocidente, o mesmo não pode ser dito em relação à sua transposição para a realidade. Em não poucos aspectos, o universalismo tem sido visto como uma "*teoria do bloco dominante*", que

[40] A preocupação com a preservação de uma esfera jurídica essencial à preservação da dignidade humana é facilmente perceptível em convenções internacionais que vedam a supressão de certos direitos mesmo em situações excepcionais. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, em seu art. 4º, após autorizar que, em situações excepcionais, que ponham em perigo a existência da Nação, os Estados suspendam as obrigações ali contraídas, ressalta que não é autorizada nenhuma derrogação do direito à vida (art. 6º – ressalvada a aplicação da pena de morte nos casos previstos), do direito a não ser submetido a tortura nem a penas ou a tratamentos crueis, desumanos ou degradantes (art. 7º), do direito de não ser submetido à escravidão ou mantido em servidão (art. 8º), do direito a não ser encarcerado pelo simples fato de não poder cumprir uma obrigação contratual (art. 11), do direito à irretroatividade da lei penal incriminadora (art. 15), do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 16) e do direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 18). A Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969, em seu art. 27, nº 2, repete as restrições constantes do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e acrescenta a impossibilidade de supressão dos direitos da família (art. 17 – direito ao casamento, igualdade de direitos entre crianças nascidas do casamento ou não etc.), do direito ao nome (art. 18), dos direitos da criança (art. 19), do direito à nacionalidade (art. 20) e das garantias judiciais indispensáveis à proteção dos direitos que não podem ser suprimidos (art. 27, nº 2). A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, em seu art. 15, de modo mais tímido, somente não autoriza a derrogação do direito à vida (art. 2º – salvo em relação à pena de morte resultante de atos ilícitos de guerra), do direito a não ser submetido a tortura nem a penas ou a tratamentos crueis, desumanos ou degradantes (art. 3º), do direito de não ser submetido à escravidão ou mantido em servidão (art. 4º, parágrafo primeiro) e do direito à irretroatividade da lei penal incriminadora (art. 7º).

pretende ver-se "*convertida em uma ideologia*".[41] Essa ideologia, em verdade, teria como metavalor e ponto de equilíbrio a paz universal.[42]

Note-se que o ocidentalismo da concepção corrente de direitos humanos já fora realçado por Boaventura de Sousa Santos,[43] que alertou para a necessidade de ser estabelecido um diálogo multicultural, com contínua transmissão, absorção e valoração da informação. Esse diálogo somente seria viável com o afastamento da lógica maniqueísta da infalibilidade e o correlato reconhecimento da incompletude das distintas culturas. Nessa linha, é necessário um "*trabalho de tradução intercultural*".[44]

É natural a presença de diferenças entre as tradições culturais de cada povo em relação ao reconhecimento e à proteção dos direitos humanos, o que, segundo alguns, apontaria para a incompatibilidade de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos com o relativismo cultural e moral. Afinal, entendimento contrário importaria no reconhecimento de que "*a universidade dos direitos tem preferência sobre a preservação de identidades culturais antidireitos*".[45] [46] As diferenças, acompanhadas, ou não, de afrontas diretas, não afastam a constatação de que a crescente generalização dos direitos humanos é um caminho sem volta. O fato de partilharmos uma humanidade comum, como realçado por Fukuyama,[47] além de viabilizar o desenvolvimento de uma universalidade comunicativa, torna possível o estabelecimento de uma relação moral entre todos os seres humanos, isso apesar de o mundo ostentar características multiformes. Ainda que esse processo encontre resistência em barreiras de natureza cultural (*v.g.*: a inferioridade da mulher em certas culturas), ideológica (*v.g.*: a reminiscência de concepções marxistas), econômica (*v.g.*: a

[41] Cf. RUOTOLO, Marco, La *Funzione Ermeneutica* delle Convenzioni Internazionali sui Diritti Umani nei Confronti delle Disposizioni Costituzionali, in RDS n° 2, 2000, p. 291 (318).
[42] Cf. RUOTOLO. *La "Funzione Ermeneutica"*..., *in RDS* nº 2, 2000, p. 291 (318).
[43] Por uma concepção multicultural de direitos humanos, *in* RCCS nº 48, 1997, p. 11 (18-20).
[44] SANTOS, Boaventura de Souza. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 127 e ss.
[45] FERNÁNDEZ-GARCIA, Eusébio. *Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita.* Madrid: Editorial Dykinson, 2001, p. 66.
[46] Exemplos bem sugestivos de diversidade cultural são aqueles relacionados à questão religiosa. A Declaração dos Direitos do Homem no Islã, adotada pela Organização da Conferência Islâmica, no dia 5 de outubro de 1990, no Cairo, declara que "*a comunidade islâmica é a melhor comunidade que Deus criou*" e que "*o islã é a religião natural do homem*", o que definitivamente não se compatibiliza com a liberdade religiosa propagada pelo Ocidente. Cf. DOBELLE, Jean-François. *Le Droit International et la Protection des Droits de L'Homme, in* PERRIN DE BRICHAMBAUT *et alii. Leçons de Droit International Public.* Paris: Éditions Dalloz, 2002, p. 371 (383-384). Já a Carta da Liga Árabe (arts. 32 a 35) estabelece nítidas discriminações entre nacionais e estrangeiros por razões religiosas. Cf. NASCIMBENE, Bruno. *L'Individuo e la Tutela Internazionale dei Diritti Umani*, *in* CARBONE, Sergio M., LUZZATTO, Riccardo e SANTA MARIA, Alberto. *Istituzioni di Diritto Internazionale.* Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 269 (290).
[47] Nosso futuro pós-humano: conseqüências da revolução da biotecnologia, Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p. 10; e 23 e ss..

insuficiência de recursos para a implementação de políticas públicas) e técnica (*v.g.*: a insuficiência de ratificações e as reservas apresentadas em atos internacionais convencionais),[48] é factível a impossibilidade de os Estados desconsiderarem esse *acquis* internacional. São direitos que não podem ser subtraídos do indivíduo, ainda que a diversidade assuma proporções extremas.[49] Mesmo que a dignidade humana apele a uma referência cultural e social, essa referência, quando contextualizada no âmbito dos círculos menores, tende a ser relativizada "*em nome de uma dignidade humana na sociedade-mundo*".[50]

## 3. Prestações sociais mínimas a serem garantidas às "pessoas em situação de rua"[51]

Ao afirmarmos que o conteúdo da dignidade humana é delineado sob a influência da "*teoria dos círculos*", de modo que a realidade subjacente a cada círculo concorra para a formação e, por imperativo lógico, para a operacionalização da base de valores que lhe dá sustentação, é necessário identificar, à luz do nosso atual estágio civilizatório, o que deve ser disponibilizado ao "*homem da rua*" para que ele tenha sua dignidade reconhecida. Nesse particular, podemos identificar as prestações que são (1) essenciais à sua continuidade biológica, (2) essenciais a uma continuidade digna e (3) úteis ao seu bem estar. Com os olhos voltados a essa tripartição, compreendemos a importância dos inúmeros direitos sociais, de caráter prestacional, consagrados na nossa ordem constitucional, e o modo de contornar a renitência dos poderes constituídos na sua implementação.

As prestações essenciais à continuidade biológica são aquelas que se mostram instrumentalmente conectadas à preservação do bem mais valioso de qualquer ser humano: a vida. A Constituição brasileira de 1988, ao reconhecer a inviolabilidade do "*direito à vida*", o fez no *caput* do seu art. 5º, preceito que congrega os clássicos direitos de liberdade, assegurando a existência de uma esfera jurídica individual imune a intervenções exógenas, promovidas pelo Estado ou por

[48] Cf. DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public.* 6ª ed.. Paris: Éditions Dalloz, 2002, p. 228-232; e GARCIA, Emerson. Proteção Internacional dos Direitos Humanos. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 54-55.
[49] Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberania de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporâneo. 2ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 83-84; e FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. La Violation Grave des Droits de L'Homme comme une Menace Contre la Paix, in RDISDP vol. 77, nº 1, 1999, p. 23 (27-29).
[50] Cf. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático, *in* "Brancosos" e Interconstitucionalidade – Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. 2ª ed.. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 163 (181).
[51] Parte das considerações realizadas neste item reflete o constante de obra inédita, do articulista, intitulada "*Interpretação Constitucional. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*".

outros particulares. Impedir que a vida seja afrontada não guarda correlação direta com a previsão de prestações materiais que assegurem a sua continuidade. Daí a importância dos direitos sociais, os quais, de acordo com o rol do art. 6º da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 64/2010, são "*a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados*", oferecidos na forma da Constituição. Sob a ótica da continuidade da vida, o mais desses direitos certamente é a alimentação.

Embora seja exato afirmar que a alimentação está diretamente conectada à preservação da vida, tratando-se de prestação essencial à continuidade biológica, observa-se que o art. 6º da Constituição de 1988 fez menção expressa à "*assistência aos desamparados*". O "*homem da rua*", à evidência, é um desamparado. Já o art. 203, após enunciar que "*a assistência social será prestada a quem dela necessitar*", deixa evidente, em seus incisos, que o objetivo é proteger pessoas que, por deficiências de natureza biológica, mostrem-se inaptas a obter, sozinhas, a sua inserção no ambiente comunitário e, de modo correlato, a própria subsistência. É o que ocorre com os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes carentes. Apesar disso, também estabelece o objetivo de promover a integração ao mercado de trabalho e de proteger a família, o que, à evidência, também tangencia o interesse do "*homem da rua*".

As prestações essenciais a uma continuidade digna são aquelas que qualificam a vida do *ser* humano, permitindo-lhe *estar* humano. Aquele que vive no espaço público, ainda que receba uma cota diária de alimentos e consiga dar continuidade à sua existência, decididamente não ostenta uma situação compatível com o atual nível civilizatório da sociedade brasileira. Afinal, é factível que o "*homem da rua*" está completamente alijado do convívio social, isso em razão das condições sub-humanas a que o conduzem a ausência de abrigo e das facilidades correlatas (*v.g.*: privacidade, água encanada, vestuário adequado etc.). Considerando que os serviços públicos genericamente oferecidos a toda a população também estão, ao menos no plano teórico, ao alcance desses indivíduos (*v.g.*: saúde e educação), não há, aqui, especificidades dignas de nota em relação ao que é rotineiramente escrito sobre essa temática. A habitação, em verdade, é o direito cuja ausência é mais perceptível e sentida.

A respeito da essencialidade de certas prestações para a continuidade da existência e para uma vida digna, merecem menção as construções teóricas atreladas ao denominado mínimo existencial[52] (ou mínimo social – *social minimum*[53]). O mínimo existencial é a parte operativa da dignidade humana, indicando as liberdades fundamentais que a integram, de modo a delinear uma esfera jurídica imune a intervenções exógenas, públicas ou particulares, e as prestações positivas que as estruturas estatais de poder não podem negar ao indivíduo, isso sob pena de lhe ser negada a própria essência humana. Esse mínimo não congrega apenas as prestações necessárias à sobrevivência. Exige um *plus*: que essas prestações assegurem o pleno desenvolvimento da personalidade individual e que ofereçam os meios necessários a uma existência digna e saudável.[54]

Essa aproximação entre dignidade (*Würde*) e mínimo existencial (*Existenzminimum*) tem sido historicamente encampada em solo alemão. Com os olhos voltados a uma Lei Fundamental que praticamente passara ao largo dos direitos sociais,[55] os Tribunais alemães, principando pelo Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*),[56] com ulterior desenvolvimento do Tribunal

[52] Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland.* 2ª ed.. München: Beck, 1971, p. 75; LOBO TORRES, Ricardo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais, *in* RDA nº 177, jul.-set,/1989, p. 20 (20 e ss.); IDEM. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 37; e CALABRICH SCHLUCKING, Marialva. A Proteção Constitucional do Mínimo Imune. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 25 e ss.. Vide, ainda, o art. 12 da Constituição suíça de 1999.

[53] Cf. RAWLS, John. *A Theory of Justice.* USA: Harvard University Press, (1971), reimp. de 2005, p. 370.

[54] Cf. WOLFGANG SARLET, Ingo. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 59-60.

[55] A *Grundgesetz* alemã, como se sabe, não contempla um rol de direitos sociais, mas, sim, pouquíssimas previsões esparsas (*v.g.*: a proteção da maternidade e dos filhos – *GG*, art. 6º, nº 4 e 5). Não é demais lembrar que esse fato não obstou a observância desses direitos na Alemanha ou, mesmo, desautorizou a sólida dogmática dos direitos fundamentais cunhada pelo Tribunal Constitucional Federal. A omissão, em verdade, tem colorido histórico: a grande distância verificada entre o extenso rol de direitos sociais contemplado na Constituição de Weimar e a sua concretização junto à classe proletária alemã foi um dos fertilizantes para o surgimento do III *Reich*, daí a preocupação em não se assegurar direitos que se reduziriam a um mero exercício de retórica. Acresça-se, com Peter Badura (*Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes.* 3ª ed.. München: Verlag C. H. Beck, 2003, p. 90) e Dieter Grimm [Constituição e Política (*Die Verfassung und die Politik*). Trad. de CARVALHO, Geraldo de. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 250], que a doutrina prevalecente à época de Weimar, face à necessidade de mediação legislativa, afastava o efeito direto dos direitos sociais, que não passariam de meras "*declarações de intenções e de programa*". Sob a égide da Lei Fundamental de 1949, o Tribunal Constitucional Federal, a partir das cláusulas constitucionais que impõem o respeito ao ser humano e à sua liberdade, reconheceu a existência de obrigações a serem imediatamente adimplidas pelo Estado. Em consequência, "*embora no nível do direito constitucional menos marcada como Estado social, a República Federal alemã é Estado social em grau mais intenso do que a República de Weimar, que se mostrava, no nível do direito constitucional, socialmente mais forte*" (GRIMM. Constituição..., p. 251).

[56] *BVerwGE* 1, 159 (161), 1954. Nesse julgamento, realizado em momento anterior à edição da Lei Federal sobre Assistência Social (*Bundessozialhilfsgesetz - BSHG*), o Tribunal, invocando a necessidade de proteção da dignidade humana e do direito à vida, reconheceu às pessoas carentes o direito subjetivo ao recebimento de auxílio material a cargo do Estado. A imperativa necessidade de preservação da dignidade humana, em especial nos Países de "*modernidade tardia*", torna imperativa a adoção de medidas de inserção social, o que permite divisar, no âmbito das estruturas estatais de poder, a paulatina formação de uma "*opção pelos pobres*", que passa a direcionar a formação, a interpretação e a

Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*),[57] passaram a visualizar a exigibilidade de direitos prestacionais que encontravam sua base de sustentação na união (*Verbindung*) entre a cláusula da dignidade humana (*Menschenwürden* - *GG*, art. 1º, nº 1) e o princípio do Estado Social de Direito (*Sozialstaat* - *GG*, art. 20, nº 1).[58] Com isso, a dignidade humana, além de orientar a produção normativa, atuando como mandado constitucional endereçado ao legislador; direcionar a interpretação e a integração da ordem constitucional, assumindo contornos de princípio diretor, também poderia dar origem a verdadeiros direitos subjetivos, permitindo que a pessoa humana exija do Estado as prestações mínimas e imprescindíveis a uma existência digna.[59]

Na temática dos direitos sociais, a Constituição brasileira de 1988 apresenta uma estrutura sensivelmente distinta da Lei Fundamental alemã de 1949: enquanto esta última deles praticamente não trata, aquela os prevê em profusão. Apesar de o paradigma brasileiro estabelecer um balizamento mais detalhado, ambos assemelham-se na dependência de integração pela legislação infraconstitucional, que delineará as prestações a serem oferecidas pelo Estado, os requisitos que condicionarão a sua percepção pelos interessados e a respectiva fonte de custeio. Outra semelhança reside na funcionalidade atribuída à dignidade humana: se os Tribunais alemães extraíram o direito ao mínimo existencial diretamente de sua essência, o Supremo Tribunal brasileiro a utilizou para conferir eficácia plena aos preceitos constitucionais que versavam sobre os direitos fundamentais, suprindo a omissão do legislador infraconstitucional.[60]

---

efetivação dos padrões normativos estatais. Cf. DEINHAMMER, Robert. *Ist eine 'Option für die Armen' in der Rechtwissenschaft?, in ARS,* v. 93, nº 4, 2007, p. 551 (551 e ss.).

[57] *BVerfGE* 40, 121 (133), 1975 (*Weisenrente Urteil*). De acordo com o Tribunal, o oferecimento de assistência social aos cidadãos, que tenham suas atividades limitadas pela precariedade de suas condições físicas e mentais, não podendo prover a própria subsistência, é uma das obrigações essenciais do Estado Social, que deve assegurar-lhes as condições mínimas para uma existência digna, e ainda adotar as medidas necessárias para integrá-los na sociedade.

[58] Sobre a evolução da temática no direito alemão, vide: NEUMANN, Volker. Menschenwürde und Existenzminimum, in BREUER, RÜDIGER et alii (org.). *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1995, p. 426 (426 e ss.). Especialmente em relação à influência do pensamento de Forsthoff, vide: RENSMANN. Wertordnung..., p. 303-304.

[59] As distintas funcionalidades da dignidade humana foram objeto de desenvolvimento por Albrecht Weber. *L'Etat social et les droits sociaux en RFA, in RDC* nº 24, 1995, p. 677 (680).

[60] Apesar de a Constituição de 1988 (art. 196) assegurar o direito à saúde genericamente a todos, sem indicação das prestações a serem oferecidas e dos recursos que permitirão a sua satisfação, o Supremo Tribunal Federal, integrando a sua eficácia com o imperativo dever de o Poder Público assegurar o direito à vida (art. 5º, *caput*) e à dignidade (art. 1º, III), reconheceu que as pessoas carentes, portadores do vírus HIV, tinham o direito público subjetivo de receber, gratuitamente, os medicamentos necessários e indispensáveis à sua sobrevivência (STF, 2ª Turma, RE-AgR nº 271.286/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12/09/2000, DJ de 24/11/2000). O mesmo entendimento foi adotado em relação a pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maníaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio, destituídas de recursos financeiros (STF, 2ª Turma, RE nº 393.175/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12/12/2006, DJ de 02/02/2007).

O Tribunal Constitucional português também associou a dignidade humana ao mínimo existencial, o que permitiu a integração de eficácia do art. 63, nº 1 e 3, da Constituição de 1976, que versa sobre o direito à segurança social, limitando a própria liberdade de conformação do legislador constitucional. O Tribunal tem conferido especial realce à existência, ao lado dos direitos positivos, de natureza prestacional, de direitos negativos, o que obstaria qualquer ação estatal que pudesse afrontar a garantia do mínimo existencial. Assim entendeu, por exemplo, ao declarar a injuridicidade da limitação dos beneficiários do "*rendimento social de inserção*"[61] e da possibilidade de ser penhorada uma parte das prestações periódicas pagas, qualquer que seja o valor, a título de aposentação.[62]

Como requisito necessário à preservação da essência da pessoa humana, o mínimo existencial há de ser indistintamente assegurado àqueles que estejam no interior do respectivo círculo axiológico, o que lhe atribui contornos igualitários. Deve ser estendido a todos, com abstração das especificidades de ordem pessoal e do mérito de cada indivíduo.

Por fim, tem-se as prestações úteis ao "*homem da rua*", aumentando o seu bem-estar. Sob essa epígrafe estarão normalmente incluídas prestações ontologicamente idênticas às anteriores, mas que apresentam distinções de ordem qualitativa (*v.g.*: alimentação de melhor qualidade, habitação mais suntuosa, tratamento médico realizado por especialistas renomados etc.). Nesse caso, é sentido, em toda a sua intensidade, o alicerce ideológico que confere sustentação aos

[61] Acórdão nº 509/2002, *in* Diário da República I-Série A, nº 36, de 12/02/2003, p. 905-917. Nesse julgamento, o Tribunal, em sede de controle preventivo de constitucionalidade, entendeu que o Decreto da Assembleia da República, que restringia o alcance do "*rendimento social de inserção*" a apenas uma parte dos jovens com idade entre 18 e 25 anos, alcançados pelo antigo "*rendimento mínimo garantido*", afrontava o "*direito a um mínimo de existência condigna*". Cf. VIEIRA DE ANDRADE. Os Direitos Fundamentais..., p. 398-399; e MEDEIROS, Rui. Anotações ao art. 63, *in* MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 639-640.

[62] 1ª Secção, Acórdão nº 318/99, Proc. nº 855/98, Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, j. em 26/05/1999, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 43º vol., 1999, p. 639 a 646 (646). Nesse julgamento, prevaleceu o entendimento de que a sobrevivência digna do trabalhador somente seria alcançada com o atendimento do "*mínimo dos mínimos*". Partindo dessa premissa, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 824, nºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, "*na medida em que permite a penhora de até 1/3 das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante, cujo valor não seja superior ao do salário mínimo nacional então em vigor, por violação do princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de direito que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1º, 59º, n.º2, alínea a e 63º, n.ºs 1 e 3, da Constituição*." No mesmo sentido: Plenário, Acórdão nº 177/02, Proc. nº 546/01, rel. Cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, j. em 23/04/2002, Acórdãos..., 52º vol., 2002, p. 259 a 271.

regimes econômicos de livre iniciativa, em que se privilegia o mérito individual em detrimento da igualdade plena entre todos os integrantes do organismo social.[63]

Se os contornos nucleares da dignidade humana não prescindem das prestações essenciais à continuidade biológica e a uma vida digna, é preciso analisar a possibilidade de os poderes constituídos serem compelidos a oferecê-las, bem como os legitimados a pleitear tais providências e os óbices tradicionalmente opostos às pretensões formuladas.

## 4. A exegibilidade dos direitos prestacionais

O reconhecimento de que a preservação da dignidade humana não prescinde da concorrência do *ser* e do *estar* humano evidencia, ao menos em relação ao "*homem da rua*", a premência de dois direitos sociais verdadeiramente basilares, que são a alimentação e a habitação: o primeiro é essencial à continuidade da vida, o segundo, à vida digna. O primeiro problema a ser enfrentado diz respeito ao conteúdo dessas prestações e ao modo de disponibilizá-las às pessoas que vivam ao relento, perambulando pelo espaço público. Por certo, o ideal seria fornecer a cada pessoa uma habitação individual e um quantitativo de alimentos que se mostrasse suficiente ao seu sustento e, se fosse o caso, ao de sua família, pois a penúria, como é sabido por todos, costuma ser uma das causas de dissolução do núcleo familiar.

Se o objetivo é nobre e não se pode censurar quem busca materializá-lo na realidade, a verdade é que o Estado brasileiro apresenta incontáveis carências nos serviços públicos que oferece à população. O déficit habitacional é apenas uma delas, sendo elevado o quantitativo de pessoas, distribuído por incontáveis comunidades carentes, que se aglomera em moradias de inegável precariedade. Acresça-se que a atuação do Estado deve ser sempre subsidiária, devendo estimular que o próprio indivíduo desenvolva suas aptidões pessoais, de modo a obter a sua integração ao mercado de trabalho. Esse, como dissemos, é um dos objetivos da assistência social.

A "*situação de rua*" deve ser vista como um estágio de profunda humilhação e desrespeito à condição humana, devendo ser imediatamente contornada pelo Poder Público. Essa atuação, por sua vez, deve ser sempre transitória, subsistindo enquanto o indivíduo não consiga se reestruturar e

[63] Sobre a "desigualdade de meios entre os homens", vide Sieyès, Abade. Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão. Trad. de GARCIA, Emerson. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 57-58.

reingressar em um padrão de normalidade. A transitoriedade há de influenciar o modo de oferecimento das prestações a que temos nos referido. Ainda merece referência que a execução desse *munus* deve ser antecedida por um levantamento, realizado pelas estruturas estatais de poder, a respeito do quantitativo de pessoas em "*situação de rua*"; das regiões, urbanas ou rurais, em que se encontram; e das causas que conduziram a esse estado de coisas. O levantamento inicial, como é intuitivo, deve ser constantemente atualizado.

A partir do momento em que o levantamento é realizado, a solução que se mostra mais compatível com a realidade brasileira parece ser a construção de centros de apoio, com habitações coletivas, divididas por sexo, e estruturas individuais para o atendimento das famílias que se encontrem em "*situação de rua*", de modo a preservar o agregado familiar. Nesses centros, as pessoas, além de abrigo e alimentação, receberão atendimento especializado, por equipe multidisciplinar, que terá a função de realizar (1) a reconstrução da sua autoestima, (2) a aproximação com a família, isso nas situações de abandono de lar e (3) a inserção no mercado de trabalho, se necessário com a qualificação profissional.

À solução ora alvitrada certamente será combatida com o (tradicional) argumento de que, à míngua de lei detalhando a natureza das prestações a serem oferecidas, não seria possível exigi-las dos poderes constituídos. Esse argumento, além de inusitado, desafia o velho brocardo de que "*a ninguém é dado beneficiar-se com a própria torpeza*". Não é demais lembrar que, a teor dos incisos I, IX e X do art. 23 da Constituição, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios zelar pela guarda da Constituição, promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais, bem como combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

Ainda que a Lei nº 8.742/1993, diploma que dispõe sobre a organização da assistência social, não defina, detalhadamente, as prestações a serem oferecidas, ela reconhece que (1) a "*política de assistência social*" deve prover o "*mínimo social*" (art. 1º); (2) a assistência social tem por objetivo a proteção social, que visa à "*garantia da vida*" (art. 2º, I); (3) o enfrentamento da pobreza deve ser norteado pela "*universalização dos direitos sociais*" (arts. 2º, parágrafo único e 4º, II); (4) o Serviço único de Assistência Social (SUAS) tem por objetivo "afiançar a vigilância socioassistencial e a garantia de direitos" (art. 6º, VII); (5) a proteção social especial tem por objetivo contribuir para a

reconstrução de vínculos familiares e comunitários, a defesa de direito, o fortalecimento das potencialidades e aquisições e a proteção de famílias e indivíduos para o enfrentamento das situações de violação de direitos (art. 6º-A, II), o que deve ser feito por intermédio do Centro de Referência Especializado de Assistência Social – Creas - (art. 6º-C, § 2º); (6) os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios eventuais aos cidadãos e às famílias em virtude de situações de vulnerabilidade temporária (art. 22, *caput* e § 1º); (7) devem ser oferecidos serviços socioassistenciais, tal qual definidos em regulamento, considerados como tais as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos da Lei nº 8.742/1993 (art. 23, caput, e § 1º), que devem incluir os "*programas de amparo*" às "*pessoas que vivam em situação de rua*" (art. 23, § 2º, II); (8) os projetos de enfrentamento da pobreza devem subsidiar, financeira e tecnicamente, iniciativas que garantam, aos grupos populares, meios, capacidade produtiva e de gestão para melhoria das condições gerais de subsistência e elevação do padrão da qualidade de vida (art. 25, *caput*); e (9) a atuação da União se dará em caráter supletivo (art. 34).

Portanto, todos os entes federados têm a responsabilidade de restabelecer a dignidade das "*pessoas em situação de rua*". Em primeiro lugar, cumpre observar que o oferecimento de alimentação e abrigo consubstancia o mínimo dos mínimos. Em outras palavras, permite, apenas, que o indivíduo continue a viver e apresente as características que delineiam o estilo de vida da espécie humana no círculo em que está inserido. Assim, a exemplo do que foi feito aqui e alhures, nesse caso, a exigibilidade dos direitos sociais referidos no art. 6º da Constituição de 1988 decorre da integração do seu conteúdo pela necessidade de preservação da dignidade humana. Em segundo lugar, deve-se observar que a presença de uma equipe multidisciplinar decorre justamente da exigência de que a assistência social tenha caráter transitório, de modo a não perpetuar a situação de carência da pessoa necessitada. Sem a equipe multidisciplinar, os centros de apoio se transformariam em verdadeiros depósitos de indigentes, afastando qualquer esperança de reinserção social.

É com os olhos voltados a essa responsabilidade assistencial que deve ser interpretado o Decreto nº 7.053/2009, que instituiu a "*Política Nacional para a População em situação de Rua*". Apesar de o seu art. 2º ter previsto que essa política seria implementada, de forma descentralizada e articulada entre a União e os demais entes federativos que a ela aderirem por meio de instrumento

próprio, é possível afirmar que não há qualquer espaço de decisão quanto à integração do respectivo ente federado a essa política ou à implementação, ou não, das medidas que delineiam a sua estrutura básica. Afinal, não se pode transigir com a proteção à dignidade humana.

De acordo com o Decreto nº 7.052/2009, têm-se, como princípios da referida política, o respeito à dignidade da pessoa humana e o direito à convivência familiar e comunitária (art. 5º, I e II); como diretriz, a promoção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais (art. 6º, I); e, como objetivos, assegurar o acesso amplo, simplificado e seguro aos serviços e programas que integram as políticas públicas de saúde, educação, previdência, assistência social, moradia, segurança, cultura, esporte, lazer, trabalho e renda, bem como proporcionar o acesso das pessoas em situação de rua aos benefícios previdenciários e assistenciais e aos programas de transferência de renda, na forma da legislação específica, além de implementar ações de segurança alimentar e nutricional suficientes para proporcionar acesso permanente à alimentação pela população em situação de rua à alimentação, com qualidade (art. 7º I, IX e XIII). A rede de acolhimento temporário, consoante o art. 8º, deverá observar limite de capacidade, regras de funcionamento e convivência, acessibilidade, salubridade e distribuição geográfica das unidades de acolhimento nas áreas urbanas, respeitado o direito de permanência da população em situação de rua, preferencialmente nas cidades ou nos centros urbanos.

Além de definir as prestações a serem oferecidas às pessoas carentes, também caberia à lei, mais especificamente à lei orçamentária, autorizar a realização da despesa pública e indicar as receitas a serem utilizadas para custeá-la. Essa, aliás, é a sistemática constitucional, bem explicitada no art. 167 da Constituição de 1988 e na Lei nº 4.320/1964. Além dessa impossibilidade de ordem jurídica, consistente na vedação ao "*início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual*", há outra, de ordem fática, que se reflete na própria inexistência de recursos que possam financiar esse tipo de prestações. Ambas podem ser enquadradas sob a epígrafe mais ampla da "*reserva do possível*", argumento tradicionalmente suscitado pelos poderes constituídos para se esquivar de suas obrigações.

Em relação à reserva do possível de ordem jurídica, observa-se a mesma deturpação presente no argumento de que somente a lei poderia definir as prestações a serem oferecidas ao "*homem da rua*". Do mesmo modo que a cláusula constitucional de proteção à dignidade humana autoriza a

integração do conteúdo do direito à alimentação e à habitação, também ela deve direcionar a interpretação da lei orçamentária, de natureza infraconstitucional. Assim, caso o Chefe do Poder Executivo e o Poder Legislativo, o primeiro ao apresentar o projeto de lei orçamentária, o segundo ao votá-lo, "*por um lapso*", "*esqueçam*" de direcionar dotações orçamentárias para fazer face à realização de projetos envolvendo as "*pessoas em situação de rua*", a solução será ajustar a lei à Constituição e não o contrário. Assim, caberá ao Poder Executivo, na gestão do orçamento, determinar o remanejamento das dotações orçamentárias necessárias à realização dos programas assistenciais aqui referidos.

Situação mais delicada diz respeito à reserva do possível de ordem fática, em que, verdadeiramente, não há disponibilidade de caixa para realizar os programas almejados. Em situações dessa natureza, não há como se compelir o Poder Público a realizar despesas que não pode custear. Apesar dessa conclusão ser verdadeira e de os atos dos agentes público estarem amparados pela presunção de veracidade – ao menos os manuais nos ensinam isso -, é imperativo que essa situação seja devidamente provada no curso da relação processual. Afinal, como dispõe o art. 333, II, do Código de Processo Civil, o ônus da prova compete ao demandado "*quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor*".

Para se chegar à conclusão de que inexistem recursos disponíveis, é preciso verificar, em caráter preliminar, como serão gastos aqueles existentes. Afinal, recursos, ainda que em pequena quantidade, sempre existirão. Isso significa dizer que, se os recursos são limitados e o administrador deve decidir quais projetos serão realizados e quais serão adiados, é preciso estabelecer uma ordem de precedência entre eles. Conquanto se reconheça que essa ordem de precedência será ordinariamente definida a partir dos juízos valorativos realizados pelo administrador, não se pode negar o escalonamento hierárquico que emerge do próprio texto constitucional. É o caso, por exemplo, da prioridade absoluta que o art. 227, *caput*, da Constituição atribui aos direitos das crianças e dos adolescentes. O mesmo pode ser dito em relação às prestações essenciais à continuidade biológica do ser humano e a uma continuidade digna. Despesas dessa natureza ostentam evidente precedência em relação a outras que não se mostram essenciais à estrutura

administrativa, como é o caso da propaganda institucional. Se escolhas trágicas precisam ser realizadas e efetivamente o serão, não pode o administrador ignorar os comandos constitucionais.[64]

Para sustentar a liberdade de escolha do administrador, máxime quando possui legitimidade democrática, costuma-se argumentar que a definição dos programas sociais a serem implementados, quando não decorrente de imposição legal, se insere no âmbito da discricionariedade administrativa. A existência do poder discricionário decorre da impossibilidade de a lei dispor, *a priori*, sobre a solução que melhor aproveite ao interesse público, sendo preferível a concessão de uma liberdade mais ampla às autoridades responsáveis pela execução do ato. Com isso, permite-se a valoração das circunstâncias subjacentes ao caso concreto, possibilitando a identificação da medida mais adequada. Essa atividade valorativa culminará com a escolha, dentre dois ou mais comportamentos possíveis, daquele que se mostre mais consentâneo com o caso concreto e a satisfação do interesse público.[65] Para que esse objetivo seja alcançado, deverá o administrador, na lição de Gianini,[66] proceder à "*ponderação comparativa dos vários interesses secundários* (públicos, coletivos ou privados)*, em vista a um interesse primário*". De acordo com Sandulli,[67] "*a discricionariedade importa sempre uma valoração, uma ponderação de interesses e um poder de escolha*".

É inegável, portanto, que o administrador público deve ter assegurada uma esfera de liberdade no âmbito de sua atuação funcional. No entanto, à margem da lei não há verdadeira liberdade, mas, sim, arbitrariedade. Ao reconhecermos que a dignidade humana atribui imediata exegibilidade aos direitos prestacionais, ainda que o legislador não defina o teor das prestações ou indique a fonte de custeio, é factível que só há verdadeira liberdade quando o administrador, por absoluta carência de recursos, precisar escolher entre eles ou outros programas dotados de igual ou superior hierarquia axiológica. Fora dessa situação, não há propriamente uma opção, mas verdadeira imposição.

[64] Cf. GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade, *in* Revista Forense nº 383, p. 83, janeiro/fevereiro de 2006.
[65] Cf. CRAIG, Paul. *Administrative Law.* 5ª ed.. Londres: Sweet & Maxwell Limited, 2003, p. 521; e MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif.* 4ª ed.. Paris: Montchrestien, 1995, p. 255.
[66] *Diritto Amministrativo*, vol. 2º. 3ª ed.. Milano: *D. A. Giufrrè Editore*, 1993, p. 49.
[67] Manuale di Diritto Amministrativo, vol. 1. 15ª ed.. Napoli: Jovene Editore, 1989, p. 593.

Se o administrador deixar de cumprir uma imposição de ordem constitucional ou legal, não há qualquer óbice à atuação do Poder Judiciário com o objetivo de recompor a juridicidade. Em situações dessa natureza, embora o argumento seja mais que corriqueiro, não há que se falar em violação ao princípio da divisão das funções estatais. Note-se que a estrita conexão entre a divisão das funções estatais e a garantia dos direitos individuais remonta ao pensamento revolucionário francês, recebendo consagração expressa no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "*toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.*" O Poder Judiciário, ao atuar, longe de macular a divisão das funções estatais, lhe rende homenagem, contendo os excessos ou contornando as omissões do Poder Executivo. Afinal, por imposição constitucional, a lei sequer pode excluir da sua apreciação lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).[68]

O Poder Judiciário, por força do princípio da inércia, somente pode atuar quando provocado. *In casu*, essa provocação, em primeiro lugar, pode ser realizada pelo próprio "*homem da rua*". Essa hipótese, conquanto juridicamente possível, é faticamente improvável. Ao chegar aos limites de sua própria humanidade, por pouco deixando de *estar* humano, o indivíduo há muito abandonou a consciência de sua civilidade e consequente inserção em um Estado de Direito, onde é titular de direitos e obrigações. Vê-se entregue à própria sorte, marginalizado por um sistema que o abandonou e no qual não se sente inserido. À luz desse quadro, aumenta o *munus* institucional do Ministério Público, que pode realizar a defesa dos interesses do "*homem da rua*" tanto sob a ótica individual, o que decorre de sua situação de indigência e da indisponibilidade dos interesses envolvidos (*rectius*: vida e subsistência digna), como sob a ótica coletiva ou difusa, isso em razão da pluralidade de beneficiários de sua ação, individualizáveis ou não. É o que deflui do art. 127, *caput* e do art. 129, III, da Constituição da República. Acresça-se que a Lei nº 8.742/1993, em seu art. 31, dispõe que "*[c]abe ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos estabelecidos nesta lei*".

## 5. A autonomia da vontade como algoz da dignidade

[68] Cf. GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Direitos Sociais, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa vol. 46, nº 2, p. 955, 2005.

A ideia de autonomia reflete a liberdade de determinação de um sujeito. No âmbito doutrinário, não é incomum defender-se que a autonomia privada pode ser induzida, como garantia constitucional, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e de outros direitos fundamentais contemplados na ordem constitucional.[69] A superioridade hierárquica da Constituição, ao que se acresce o seu papel de elemento unificador do ordenamento jurídico e vértice do sistema axiológico que lhe é inerente, permite afirmar que a definição da esfera jurídica individual receberá todo o influxo normativo dela originário. Em outras palavras, a autonomia da vontade e os demais elementos característicos das relações privadas assumirão os contornos que a ordem constitucional lhes facultar.

O reconhecimento da autonomia da vontade também é uma forma de exteriorização da dignidade humana, refletindo a liberdade de pensar e agir, desde, obviamente, que isso não importe em violação aos balizamentos estabelecidos pela ordem jurídica. Não há liberdade para agir à margem da juridicidade.

Por mais incrível que possa parecer, não se deve descartar a possibilidade de um elevado quantitativo de pessoas se encontrar, voluntariamente, em "*situação de rua*". Esse estado de coisas, vez ou outra, decorre não propriamente do gosto pelas condições de vida obtidas no espaço público, mas, sim, da insatisfação com as alternativas disponíveis, como a reinserção no ambiente familiar ou, mesmo, o ingresso nos centros de apoio que venham a ser estruturados pelo Poder Público.

Embora seja exato afirmar que uma pessoa não pode abrir mão de sua dignidade, bem inerente e indissociável da espécie humana, portanto, fora de comércio, é possível que sua conduta individual mostre-se faticamente atentatória a essa dignidade, que somente continuaria a existir no plano idealístico-formal. Nessas situações, caberá à ordem jurídica definir se esse tipo de conduta caracterizará, ou não, um ato ilícito.

No caso brasileiro, merece referência a contravenção penal tipificada no art. 59 do Decreto-Lei nº 3.688/1941, *verbis*: "*[e]ntregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de*

[69] Cf. MIRANDA. Manual..., Tomo IV, p. 326.

*subsistência, extingue a pena*". A referência à validez para o trabalho evidencia que o indivíduo não praticará qualquer ilícito caso apresente uma disfunção física ou mental que inviabilize o exercício de atividade laborativa lícita ou, mesmo, quando não encontrar um posto de trabalho, o que não chega a ser incomum. Esse aspecto bem demonstra que a redução da "*população em situação de rua*" somente será obtida a partir da realização de esforços integrados, disponibilizando-se abrigo e alimentação, com a correlata atuação da equipe multidisciplinar, de modo a integrar, ao mercado de trabalho, as pessoas que se encontrem nessa situação, bem como com a coibição do ilícito penal que a ociosidade pode caracterizar.

Outro aspecto digno de nota é que o espaço público, como se constata pelos próprios contornos semânticos da expressão, é destinado ao uso público, não podendo ser "privatizado" pelo "*homem da rua*" à margem de autorização concedida pelo órgão competente. Uma coisa é transitar pelo espaço, coisa diversa é ocupá-lo como se moradia fosse. Nessa linha, é plenamente factível a possibilidade de manejo da ação civil pública, pelo Ministério Público ou por outros legitimados, com o objetivo de compelir o Poder Público a remover o "*homem da rua*" do local em que se encontra. Essa medida, no entanto, somente se mostra uma opção viável caso os centros de apoio sejam estruturados e estejam em plena operação. Detectada a omissão do administrador no cumprimento do seu *munus* constitucional, ainda é possível perquirir a sua responsabilização pessoal, especialmente com a incidência das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992. Para tanto, é de bom alvitre seja manejado, pelo Ministério Público, o instrumento da recomendação, de modo a cientificar o agente público, pessoalmente, da ilicitude de sua omissão e facilitar a demonstração do seu dolo, necessário na hipótese do art. 11 do referido diploma legal.

## Epílogo

A lamentável situação em que se encontra o elevado contingente populacional que vive à margem do ambiente sociopolítico, perambulando pelo espaço público, refém da própria sorte, exige um processo de mobilização social para que os representantes do povo, à frente dos Poderes Executivo e Legislativo, atuem em prol do desenvolvimento de políticas públicas que resgatem a dignidade dessa camada da população. É justamente a dignidade humana que integra o conteúdo de dois direitos sociais básicos, a alimentação e a habitação, vitais para uma existência digna,

possibilitando a sua imediata exigibilidade perante o Poder Judiciário, que há de suprir a omissão dos órgãos incumbidos do oferecimento desses direitos. Espera-se, sinceramente, que essas aspirações se desprendam da plasticidade de suas linhas estruturais e alcancem, desde logo, a atual geração de brasileiros que se encontram na triste "*situação de rua*". Sobre o "*misterioso ciclo dos eventos humanos*", Franklin D. Roosevelt[70] observou que "*[t]o some generations much is given. Of others generations much is expected*".

## Referências

ALEXANDRINO, José de Melo. *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2006.
BADURA, Peter. *Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes.* 3ª ed.. München: Verlag C. H. Beck, 2003.
BARBOSA PINTO, Marcos. *Constituição e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.
BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e Reconhecimento – Uma Análise Estrutural da Dignidade da Pessoa Humana, *in* ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (org.). *Dignidade da Pessoa Humana. Fundamentos e Critérios Interpretativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 39.
BIELEFELDT, Heiner. *Philosophie der Menschenrechte, Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos.* Frankfurt: Primus Verlag, 1998.
BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. de COUTINHO, Carlos Nélson. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales, in Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Trad. de REQUEJO PAGÉS, Juan e VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignácio. Baden-Baden: Nomos, 1993.
BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.
CALABRICH SCHLUCKING, Marialva. *A Proteção Constitucional do Mínimo Imune*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
CAMPBELL, Tom. *Human Rights: Shifting Boundaries*, *in* CAMPBELL, Tom, GOLDSWORTHY, Jeffrey Denys e STONE, Adrienne Sarah Ackary. *Protecting human rights: instruments and institutions.* Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 18.
_____. *Rights: a critical introduction.* New York: Routledge, 2006.
CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberania de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporâneo.* 2ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.
CASTILHO, Ricardo. *Justiça Social e Distributiva*. Desafios para concretizar direitos sociais. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
COMPLAK, Krystian. *Dignidad Humana como Categoria Normativa en Polonia, in CC* nº 14, janeiro-junho de 2006, p. 71.
CRAIG, Paul. *Administrative Law.* 5ª ed.. Londres: Sweet & Maxwell Limited, 2003.
CRANSTON, Maurice. *What Are Human Rights*?, London: Blodey Head, 1973.
*Diccionario Enciplopedico Universal*. Madrid: Cultural S.A., 2000.
DEINHAMMER, Robert. *Ist eine 'Option für die Armen' in der Rechtwissenschaft?, in ARS,* v. 93, nº 4, 2007, p. 551.
DOBELLE, Jean-François. *Le Droit International et la Protection des Droits de L'Homme, in* PERRIN DE BRICHAMBAUT *et alii. Leçons de Droit International Public.* Paris: Éditions Dalloz, 2002, p. 371.
DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public.* 6ª ed.. Paris: Éditions Dalloz, 2002.
DWORKIN, Ronald.. *Taking Rights Seriously.* 17ª imp.. Massachussets: Harvard University Press, 1999.
FERNÁNDEZ-GARCIA, Eusébio. *Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita.* Madrid: Editorial Dykinson, 2001.
FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. *La Violation Grave des Droits de L'Homme comme une Menace Contre la Paix, in RDISDP* vol. 77, nº 1, 1999, p. 23.
FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los Derechos Fundamentales, in CC* nº 15, julho-dezembro de 2006, p. 113.
FORSTHOFF, Ernst. *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland.* 2ª ed.. München: Beck, 1971.
FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano*: conseqüências da revolução da biotecnologia, Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

[70] *Great Speeches*. Org. por GRAFTON, John. *Philadelphia, June 27, 1936.* New York: Courier Dover Publications, 1999, p. 47.

GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade, *in Revista Forense* nº 383, p. 83, janeiro/fevereiro de 2006.
_____. Princípio da Separação dos Poderes: os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Diireitos Sociais, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* vol. 46, nº 2, p. 955, 2005.
_____. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
GIANINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*, vol. 2º. 3ª ed.. Milano: *D. A. Giufrrè Editore*, 1993.
GOMES CANOTILHO, José Joaquim. A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático, *in "Brancosos" e Interconstitucionalidade* – Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. 2ª ed.. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 163.
GRIMM, Dieter. *Constituição e Política* (*Die Verfassung und die Politik*). Trad. de CARVALHO, Geraldo de. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.
HAASHER, Guy. *Law, Reason and Ethics in the Philosophy of Human Rights, in* SADURSKI, Wojciech (editor). *Ethical dimensions of legal theory.* The Netherlands: Rodopi, 1991, p. 141.
IGNATIEFF, Michael. *Whose Universal Values? The Crisis in Human Rights.* The Hague: Foundation Horizon, 1999.
KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito* (*Rechtsphilosophie*). Trad. de CORTÊS, António Ulisses. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
*Langenscheidts Groβwörterbuch*. 5ª ed.. Berlin: Langenscheidt, 2002.
*Larousse Dictionnaire Encyclopédique Illustré.* Paris: Larousse, 1997.
LOBO TORRES, Ricardo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.
_____. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais, *in RDA* nº 177, jul.-set,/1989, p. 20.
LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo* (*Two Treatises of Government*). Trad. de MARINS, Alex. São Paulo: Martin Claret, 2005.
MEDEIROS, Rui. Anotações ao art. 63, *in* MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 639.
MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. 4ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
*Oxford Advanced Learner's Dictionary*. 4ª ed.. 6ª imp.. Oxford: Oxford University Press, 1991.
*Parola Chiave*. *Dizionario di Italiano per Brasiliani*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif.* 4ª ed.. Paris: Montchrestien, 1995.
MOUTOUH, Hugues. *La dignité de l'homme en droit*, *in RDPSP* nº 1, 1999, p. 159.
NASCIMBENE, Bruno. *L'Individuo e la Tutela Internazionale dei Diritti Umani*, *in* CARBONE, Sergio M., LUZZATTO, Riccardo e SANTA MARIA, Alberto. *Istituzioni di Diritto Internazionale.* Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 269.
NEUMANN, Volker. *Menschenwürde und Existenzminimum*, *in* BREUER, RÜDIGER *et alii* (org.). Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1995, p. 426.
PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.* 8ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.
PLATÃO. *Teeteto*. Trad. de NOGUEIRA, Adriana Manuela e BOERI, Marcelo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
RAWLS, John. *A Theory of Justice.* USA: Harvard University Press, (1971), reimp. de 2005.
RENSMANN, Thilo. *Wertordnung und Verfassung: das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *in RIP*, nº 4, 1999, p. 23.
ROOSEVELT, Franklin D.. *Great Speeches*. Org. por GRAFTON, John. *Philadelphia, June 27, 1936*. New York: Courier Dover Publications, 1999.
RUOTOLO, Marco, *La "Funzione Ermeneutica" delle Convenzioni Internazionali sui Diritti Umani nei Confronti delle Disposizioni Costituzionali*, *in RDS* nº 2, 2000, p. 291.
SANDULI, Aldo. *Manuale di Diritto Amministrativo*, vol. 1. 15ª ed.. Napoli: *Jovene Editore*, 1989.
SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo*: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.
_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos, *in RCCS* nº 48, 1997, p. 11.
SARTORI, Giovanni. *Théorie de la Democratie* (*Democrazia e definizioni*). Trad. de HURTIG, Christiane. Paris: Librairie Armand Colin, 1973.
SEELMANN, Kurt. *Rechtsphilosophie.* 4ª ed.. München: Verlag C. H. Beck, 2007.
SHAKESPEARE William. *The Complete Works of William Shakespeare. Hamlet, Price of Denmark. Act III, Secene I – A Room in the Castle*. Cleveland: The World Syndcate Publishing Company, s/d, p. 945.
SIEYÈS, Abade. *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Trad. de GARCIA, Emerson. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

STONE, Adrienne. *Introduction*, *in* CAMPBELL, Tom, GOLDSWORTHY, Jeffrey Denys e STONE, Adrienne Sarah Ackary. *Protecting human rights: instruments and institutions.* Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 1.
TORRINHA, Francisco. Dicionário Latino Português. 2ª ed.. Porto: Gráficos Reunidos, 1942.
VAN DER VEN , J. J. M.. *Ius Humanum: das Menschliche und das Rechtliche.* Frankfurt Am Main: Metzner Verlag, 1981.
VIEIRA DE ANDRADE, Jose Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª ed., reimp.. Coimbra: Livraria Almedina, 2010.
WEBER, Albrecht. *L'Etat social et les droits sociaux en RFA, in RDC* nº 24, 1995, p. 677.
WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010
_____. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível, *in* LEITE SAMPAIO, José Adércio (org.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del-Rey, 2006, p. 403.
_____ e FILCHTINER FIGUEIREDO, Mariana. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, *in* WOLFGANG SARLET, Ingo e BENETTI TIMM, Luciano (org.). *Direitos Fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do ADVOGADO, 2010, p. 13.