

# ACESSO À JUSTIÇA BRASILEIRA PELAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes<sup>1</sup>

Resumo: O ensaio em questão procura discorrer sobre o acesso das pessoas em situação de rua à Justiça, levando em conta a noção de mínimo existencial e a atuação do Poder Judiciário diante da violação de direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Direito. Pessoas. Rua. Direitos. Fundamentais.

Abstract: The text in question seeks to elaborate on the nature of access for homeless to justice, taking into account the notion of existential minimum and the role of the judiciary in the violation of fundamental rights.

Keywords: Right. homeless. Fundamental rights.

Sumário: 1-Introdução. 2- Desenvolvimento. 3.Conclusão 4. Referências bibliográficas

## INTRODUÇÃO



contexto do acesso à justiça pelas pessoas em alto grau de miserabilidade em cotejo com os limites da atuação do Judiciário demonstra o paradoxo de se discutir a realização de prestações positivas em prol daqueles vulneráveis que sequer tem condições de exigir os direitos que lhe são constitucionalmente assegurados.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 23ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG. Ensaio apresentado durante o Curso de Especialização em Gestão Judiciária realizado pela UNB/EJEF.

A primeira diretriz da Política Nacional para a População em Situação de Rua, constelada pelo Decreto 7053 de 2009, é exatamente a promoção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. Todavia, se o arcabouço de direitos e garantias existe, qual é o motivo que se faz tão necessário que o Administrador Público e a própria sociedade civil tenham de ser compelidos a uma ação positiva, afastando-se da cômoda omissão perante aqueles que pouco exigem, pois não sabem como ou tem à vontade tão fragilizada que não podem fazê-lo.

## DESENVOLVIMENTO

A população em situação de rua é caracterizada como 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.

Percebe-se que é um grupo de adultos que tem não só a fratura da vontade, como também já acolheram em sua estima o conceito que deles tem grande parte dos demais componentes da sociedade, tal situação os impede de efetivamente buscar a tutela jurisdicional, se resignando, cada vez mais, no âmbito da omissão estatal e social.

Pois bem. A noção de mínimo existencial tem fonte constitucional, derivando daquele complexo de princípios e regras sedimentados pela noção de dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, artigo 1º da Constituição da República (CR), pelo propósito de erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, artigo 3º, III, da mesma CR.

O próprio Supremo Tribunal Federal adotou uma posição protagonista, sem que tal descambasse para o ativismo jurídico, tendo em vista a sua própria função de, mais que guardião da Constituição, Poder Judiciário. Com efeito, a Suprema Corte assinalou, como se nota pelo ADPF – RG 347, que:

*“A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF. Assim, caberia à Corte o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados”, sendo ainda mais incisiva ao decidir o ADPF 45, ao definir “a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.*

Recentemente, o Min. Ricardo Lewandowski, nos autos do Recurso Extraordinário nº 592581, proclamou que:

*Caberia ao Judiciário intervir para que o conteúdo do sistema constitucional fosse assegurado a qualquer jurisdição, de acordo com o postulado da inafastabilidade da jurisdição. Os juízes seriam assegurados do poder geral de cautela mediante o qual lhes seria permitido conceder medidas atípicas, sempre que se mostrassem necessárias para assegurar a efetividade do direito buscado. No caso, os direitos fundamentais em discussão não seriam normas meramente programáticas, sequer se trataria de hipótese em que o Judiciário estaria ingressando indevidamente em campo reservado à Administração. Não haveria falar em indevida implementação de políticas públicas na seara carcerária, à luz da separação dos poderes. Ressalvou que não seria dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais fossem ameaçados. Outrossim, não caberia ao magistrado agir sem que fosse provocado, transmudando-se em administrador público. O juiz só poderia intervir nas situações em que se evidenciasse um ‘não fazer’ comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que colocasse em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados”.*

Na prática, o c. Supremo Tribunal Federal reafirmou a supremacia judicial, seu papel como guardião da Constituição e

os limites dos argumentos relativos à reserva do possível.

Em relação à reserva do possível, faz-se mister observar para se dar efetividade à proteção da dignidade da pessoa humana o substrato social deveria ter as condições básicas de sustentação e recursos materiais, bem como o fluxo desobstruído para o acesso aos serviços sociais básicos, inclusive de justiça.

Como se sabe, o argumento da reserva do possível foi importado do direito alemão (*Vorbehalt des Möglichen*) em razão da *ratio decidendi* do Tribunal Constitucional Federal Alemão, sobre o acesso universal a cursos de medicina, que definiu que poderia ser negado ao cidadão serviços sociais decorrentes de pleitos não razoáveis e ilimitados.

Referido argumento não pode ser utilizado, porém, para se negar o acesso às condições inerentes à própria sobrevivência do indivíduo, concretizando-se, na verdade, em diversionismo para justificar a própria omissão do Estado.

Quanto ao Judiciário como guardião primordial da Constituição, há que se notar que o próprio mito *Marbury v. Madison* - também importado, mas que guarda referência nacional no caso dos “Crimes de Hermenêutica”-, que criou a tradição do *judicial review* estabelecido na sociedade estadunidense, nasceu de uma querela menor política e acabou por definir o Judiciário como ente ativo de controle dos atos do Executivo, inclusive de suas omissões.

Em rápida digressão, consta que nada de nobre havia na decisão de Marshall no *leading case Marbury v. Madison*. Com efeito, no crepúsculo do governo Federalista, o Presidente Adams baixou o "Sedition Act", que na prática punia aqueles que emitissem opiniões contrárias a ele ou ao seu partido, o que causou grande reação popular, contribuindo para que o republicano Jefferson fosse eleito presidente dos Estados Unidos da América. Todavia, no interstício da eleição até a entrega do cargo, Adams, com a chancela do Senado, tentou expandir o

seu poder através do controle do Judiciário, com a nomeação de 42 "justices of the peace" com mandato de cinco anos, entre os quais se encontrava William Marbury. Jefferson, ao assumir o poder, repeliu, através do seu Secretário de Estado James Madison, a prática adotada pelo seu antecessor, anulando as novas jurisdições e os cargos a elas correlatas. O juiz Marshal, que por acaso havia sido indicado por Adams, presidiu o julgamento, acabando por ser decidido que Marbury tinha direito à sua delegação judicial, apesar de não ter determinado que Jefferson ou Madison fizessem, na prática, alguma coisa para tanto. Não obstante, o precedente foi levado ao inconsciente coletivo do norte-americano como a afirmação do poder judicial para rever a constitucionalidade de atos tanto do Executivo quanto do Legislativo.

Por outro lado, em relação à supremacia judicial em relação à soberania popular, esta última tão difundida hoje, inclusive no meio jurídico para a aplicação direta de medidas sociais, concretizando-se, aí sim, em ativismo judiciário, não se deve olvidar, como alhures já expliquei, do embate ideológico subjacente Kelsen-Schmitt, conhecido como "luta pelo método" (*Methodenstreit*), que contaminou a discussão sobre a relação entre o direito e a política na República de Weimar.

Como se sabe, pela linha de Kelsen a unidade normativa dos sistemas jurídicos poderia ser equilibrada pela norma fundamental – a Constituição no nosso caso, bem como no estadunidense, ou a Lei Fundamental na Alemanha – sendo o tribunal constitucional – o Supremo Tribunal Federal no Brasil, a Suprema Corte nos EUA ou o Tribunal Constitucional Federal alemão- por consequência, o guardião da Constituição, pois tal instituição é essencial para adequar a norma inferior, vivida concretamente no dia a dia de cada um de nós cidadãos, aos limites impostos deontologicamente pela Constituição.

Pois bem. Schmitt pensava de forma diferente. Para ele o ordenamento jurídico devia a sua existência a um fato ante-

rior decisionista, ou seja, à decisão emanada de alguém que é soberano, e não a uma norma jurídica. Portanto, o guardião da Constituição seria aquele que tinha o poder de decidir, já que a vontade geratriz de outras vontades e ações seria o poder político.

Pautava Schmitt a sua noção de democracia pela busca da identidade ou igualdade substancial, não pelo instrumento corporificado pela maioria. A noção de soberania popular, em contraposição à supremacia judicial, é exteriorizada pela concentração de poder no Parlamento por meio da legitimidade, sendo a legalidade/normatividade secundária, levando em conta que o soberano estabelece as condições pelas quais o direito é posto.

Todavia, não é difícil observar que tal identidade popular só poderia ser perseguida, na prática, por um Estado forte, ainda que pensado em função do político, guiado pelo chefe do Executivo, que efetivamente foi eleito por toda a nação, máxime em uma sociedade de concepção reinol e de presidencialismo forte atávicos.

Ora, a História nos ensina com que facilidade foram as ideias schmittianas utilizadas para finalidades não democráticas, frustrando aqueles bem-intencionados que acreditavam em sua pureza.

Jurgen Habermas é especialmente duro em relação à explicação schmittiana de parlamentarismo, que acaba por limitar o procedimento de discussão pública ao papel da legislação parlamentarista, porquanto democrática é a condição de iguais oportunidades de participação para todos em um processo de legitimação canalizado por meio da opinião pública, não a aclamação de massas inflamadas alheias a toda a argumentação.

Em verdade, serviu Schmitt como um dos coveiros da República de Weimar, como se nota pelo resultado da contenda *Prússia x Reich*, ocasião em que foi reconhecido que o presi-

dente do Reich – e seu famoso chanceler que logo assumiria o poder e levaria o mundo ao desastre- representava a vontade política do povo alemão, sendo, por natureza, o guardião da unidade constitucional.

Além do mais, a partir de 1945, como acredita Shoshana Felman, na esteira de Nuremberg passou a ser judicialmente necessário julgar a história, o julgamento passou a ter a função não apenas de reparar as injustiças privadas, como também as injustiças históricas coletivas. O Juiz não era só mais *la bouche de la loi*.

No Brasil, a composição conservadora ligada ao critério de interpretação de uma ordem legal já sedimentada, em grande parte das vezes impostas pela força, levou o Poder Judiciário a atuar algumas vezes como um autômato (inânime, nas palavras de Montesquieu) e em outras, como regra, na interpretação de casos concretos que tinham uma repercussão limitada em razão do controle dos meios de comunicação, falta de universalização do acesso à jurisdição e de poucos instrumentos processuais.

A Constituição de 1988 retira essas três barreiras, permitindo uma enxurrada de ações resultantes na confiança de que através do Judiciário o Executivo teria de se submeter e aplicar as políticas sociais que os grupos demandantes aspiravam.

Assim, foram estabelecidos os parâmetros para um Judiciário ativo, e não ativista, que agirá mediante provocação, na defesa não só das regras, mas também dos princípios constitucionais interpretados, lançando mão de medidas de urgência inclusive atípicas, quando necessário, sendo, por consequência de sua atuação, fonte criadora do Direito.

Os limites do próprio Judiciário se avolumaram, porém, já que o despotismo namora os poderosos. Com efeito, é claro que os juízes não são eleitos exatamente para preservar as conquistas civilizatórias sem ter que se submeter às pressões cíclicas baseadas em interesses econômicos e políticos. Todavia, a

jurisdição arbitrária é possível. Montesquieu já vaticinava: “em estados despóticos não há leis: o juiz é a própria lei”.

Ingeborg Maus ataca fortemente a supremacia judicial, no sentido que a tendência de fortalecimento do direito através da jurisdição às custas da legislação, com os processos correlatos como o sufrágio, ajuda a definhar a democracia, pois as leis, como *outputs* de ciclos autopoéticos, perdem sua força vinculativa.

Não obstante, levando em conta a teoria dos sistemas sociais capitaneada por Niklas Luhmann, através da qual a Sociedade deve ser reconhecida como um sistema ambientalmente aberto, mas operacionalmente fechado, o sistema parcial do Direito é percebido em seu fechamento autopoietico, o que lhe dá autonomia operacional relativa, pois em tal situação só poderiam participar da reprodução do sistema aqueles elementos que são produzidos pelo próprio sistema (clausura operacional). Em decorrência, o sistema jurídico deveria definir o que pode ser considerado *output*, dentro do modelo binário *input/output* (estímulo/resposta), como prestação jurisdicional, para, só então, ser transferido a outros sistemas no meio.

De todo modo, o Direito deveria ser reconhecido como um sistema normativamente fechado e cognitivamente aberto. Com efeito, o Direito seria um sistema fechado em relação à função de decidir a respeito da licitude ou ilicitude (*Recht/Unrecht*) do caso em discussão, mas que permitiria uma abertura cognitiva para as ocorrências aleatórias do ambiente geral. Portanto, as proposições que orientam as decisões mudariam em decorrência da pressão da adaptação situacional.

Assim, de forma mais otimista e sem desmerecer o importante aviso Ingeborg Maus, mesmo seguindo a teoria dos sistemas, o juiz deveria ter em conta, ao decidir, as consequências derivadas de uma interpretação determinada da lei, máxime quando o Direito passa a se converter em um meio para obter benefícios contra o interesse estatal secundário e, por



consequência, forma de interferência na ação política, que deve ser adequadamente motivada.

Luhmann, como é sabido, foi influenciado pelos estudos de Maturana e Varela, sendo que estes autores descrevem que o conhecimento, fruto da mente e da consciência gerados pelo intenso acoplamento linguístico, obrigou o ser humano a assumir uma atitude de permanente vigília contra a tentação da certeza, reconhecendo que nossas certezas não são provas da verdade, pois necessário o respeito ao ponto de vista do Outro, caso com ele desejemos conviver, uma vez que o nosso ponto de vista é o resultado de um acoplamento estrutural social no domínio experiencial, tão válido quanto o do Outro. Para tanto, necessária é a linguagem como instrumento para a convivência, que dá origem ao humano. Por consequência, toda ação humana teria sentido ético, pois sempre ocorre na linguagem, produzindo o mundo que se cria com os outros. Como ressaltam MATURANA e VARELA (2001), sem aceitação do outro junto a nós não há socialização, e sem esta não há humanidade.

Voltamos, então, para a base social do Direito, para a ética e alteridade, base da construção do conceito de mínimo existencial.

Em um mundo onde as necessidades são criadas, para serem descartadas logo depois, em uma época que não se vendem produtos, mas “experiências”, que nada mais são que produtos na lógica de uma sociedade de consumo, em que a ética é superada pela estética como modelo, aqueles que não chamam a atenção, por estarem à margem do Mercado, se tornam desinteressantes e, portanto, invisíveis. E com o tempo eles próprios, desalojados de sua dignidade e despojados de sua base material, como o são as pessoas em situação de rua, passam a acreditar que a Justiça não lhes pertence. Eles não vão procurar o Poder Judiciário. A universalização constitucional do acesso à Justiça a eles é desconhecida.

A ação do Judiciário em favor dos desassistidos, mudos

em sua concepção, seria vedada por ser taxada como ativismo? Creio que não, pois como afirma Owen FISS, o dever do juiz não é servir ao Mercado, mas sim determinar se este deve prevalecer.

## CONCLUSÃO

A política nacional para as pessoas em situação de rua passa, necessariamente, pela ação ativa do Judiciário que, rompendo obstáculos criados pelas omissões do estado e da Sociedade, tem o dever constitucional de possibilitar que todos, principalmente os mais necessitados, possam ser tutelados de forma urgente quando abatidos em sua dignidade e afetados no mínimo existencial.

A ação do Judiciário, todavia, tem de se realizar como resposta jurídica de pleitos que lhe serão levados, ainda que de natureza política ou social, pelas instituições legitimadas para tanto, como o Ministério Público ou a Defensoria Pública, nunca podendo se furtar de sua missão primordial de buscar a Justiça através da aplicação do Direito.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen, 2010.
- FELMAN, Shoshana. O Inconsciente Jurídico – Julgamentos e traumas do século XX. São Paulo: Edipro, 2014.
- FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. A motivação

das decisões judiciais nos tempos do processo eletrônico. *Amagis Jurídica*. Belo Horizonte, Número 4, Ano II, 2010

\_\_\_\_\_. *Neurodireito? Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2342, 29 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13938>>. Acesso em: 25 out. 2015

\_\_\_\_\_. <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/04/1270746-frederico-vasconcelos-a-perigosa-demonizacao-do-judiciario.shtml>

FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2010

\_\_\_\_\_. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Rubi (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005.

MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. *A árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001

SCHMITT, Carl. *La Tirania de los valores*. Buenos Ayres: Hydra, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teologia Política*. Belo Horizonte: del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.