

# A Justiça e os vulneráveis: o Poder Judiciário como guardião dos direitos fundamentais incorporados pela Constituição Federal de 1988

*Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes*

Juiz de Direito da 23ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG

## **I Introdução**

Em uma era de incertezas, como estamos hoje a viver, sobrelêva a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 como esteio da democracia e representação do anseio de justiça social.

De forma original na nossa história, a Carta Constitucional destacou em seu texto os direitos e garantias fundamentais como vetores seminais da própria República refundada, marcando, assim, a razão de ser do Estado e o desenvolvimento da ideia de Justiça.

Pensada como uma Constituição analítica e dirigente, a coerência continua a exigir dos seus intérpretes a defesa do conteúdo prescritivo dos direitos e garantias fundamentais, de modo a imprimir força à máxima efetividade de seus preceitos.

Para tanto, a Carta Magna inovou, mais uma vez, ao destacar a competência precípua do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição.

Os desafios se avolumam, porém, em um país onde mais de cinquenta milhões de pessoas vivem abaixo da linha de pobreza, segundo critérios do Banco Mundial, sendo que, dessas, próximo de quinze milhões sobrevivem em condição de pobreza extrema.

O que se busca discutir são os limites de atuação do Poder Judiciário, posicionado como intérprete guardião da Constituição, diante do paradoxo de se amparar a realização de prestações positivas em prol daquela parcela vulnerável da população que, por vezes, nem sequer tem condições de exigir os direitos que lhe são constitucionalmente assegurados.

## **2 Mínimo existencial e reserva do possível**

A observância dos direitos fundamentais como norte interpretativo da Constituição do Brasil tem sustentação tanto em uma visão preceptiva neoconstitucionalista, com foco na ponderação de valores e no próprio critério axiológico, como em uma perspectiva jurisprudencial, com o primado da norma sobre a substância, pois ainda servirão os princípios fundamentais como critério hermenêutico.

Assim, ao destacar a dignidade da pessoa como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, como se vê pelo artigo 1º, III, a Constituição de 1988 (CF) sentenciou que todo o sistema normativo pátrio seria afetado pelos seus efeitos irradiantes, não sendo mais possível que os direitos fundamentais, sua eficácia e garantia, fossem deixados de lado na aplicação e avaliação das normas constitucionais ou infraconstitucionais.

Por consequência, se o intérprete tem de observar a realidade social que o circunda na linha jurídico-estruturante, o fato de, nas ruas brasileiras, sobreviverem mais de cem mil pessoas<sup>1</sup> em estado de extrema vulnerabilidade deve ser levado em conta ao ponderar regras e princípios que versem sobre os direitos a prestação material, com des-

<sup>1</sup> Cf. [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=29303](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29303).

taque para o direito à moradia, enumerado pelo artigo 6º da CF como um direito social.

Da mesma forma, ao lançar mão do método hermenêutico-concretizador, deve o intérprete observar a Constituição como um todo unitário, respeitando os seus valores e sua intenção jurídico-normativa de forma coesa, atribuindo máxima efetividade aos direitos fundamentais, ao garantir a eficácia das prestações positivas que devam ser realizadas através do Estado.

A mediação criadora realizada pelo intérprete da Constituição só se revela válida quando constitui forma de agregação das relações sócio-políticas, não se devendo olvidar da experiência transconstitucional que nos apresenta o sistema de proteção internacional orientado à proteção dos factualmente mais fracos, identificados como aquelas pessoas em situação de alta vulnerabilidade.

A própria noção de mínimo existencial, trazida pela Constituição de 1988 através da conjugação da observância da dignidade da pessoa (inciso III do art. 1º) com o objetivo de erradicação da pobreza e da marginalização imposto à República Brasileira (inciso III do art. 3º), serve como limitadora da concepção econômica da reserva do possível.

Com efeito, em relação à reserva do possível, faz-se mister observar que, para se dar efetividade à proteção da dignidade da pessoa, 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 o 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 poderiam ser negados 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 indi-

víduo, concretizando-se, por vezes, em diversionismo para justificar a omissão do Estado.

### 3 Guardiã da Constituição

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição. Essa afirmação pode ser extraída do art. 102, *caput*, da Carta Magna e se concretiza em princípio diretor do sistema de supremacia judicial adotado pela Carta de 1988.

Não se trata de indicação menor, a estruturação do Judiciário como guardião primordial da Constituição serve de âncora em democracias antigas, como a estadunidense, ainda que sem a necessidade de sua reprodução em Cartas sintéticas.

Nos Estados Unidos, o mito desenvolvido em torno do *leading case Marbury v. Madison*, que criou a tradição do *judicial review*, foi introjetado, desde cedo, na sociedade estadunidense como pilar da democracia, tendo definido o Judiciário como ente ativo de controle dos atos do Executivo, inclusive de suas omissões.

O caso é conhecido, mas o fato de ter sido gerado de uma interpretação positiva de uma querela política menor, conclusão que não aconteceu no Brasil ao se analisar exemplos semelhantes, demonstra a sabedoria dos Constituintes em relação à estrutura da redação do artigo 102 já citado.

Quanto ao caso *Marbury v. Madison*, consta que nada de nobre havia na decisão do *justice* Marshall. 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 po-

der através do controle do Judiciário, com a nomeação de 42 *justices of the peace* com mandatos 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 correlatos. O *justice* 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 elevado ao inconsciente coletivo do norte-americano como a afirmação do poder judicial para rever a constitucionalidade de atos tanto do Executivo quanto do Legislativo.

Pois bem, aqui no Brasil, no início do período republicano, tivemos o Recurso de Revisão Criminal 215, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1896, que ficou conhecido como o caso do “crime de hermenêutica” e voltou à baila apenas em razão das discussões sobre o projeto da nova lei de abuso de autoridade.

Conhecido no âmbito restrito da academia e do meio forense, o caso do Juiz Alcides de Mendonça Lima, que desafiou o ímpeto de Júlio de Castilhos, então Presidente do Estado do Rio Grande do Sul, de tolher a independência do júri através da criação de uma nova lei de organização judiciária, ao arrepio da Constituição Federal de 1891, é emblemático não apenas pelo reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de que não pode ser imposta à magistratura que se abdique de si mesma, nas palavras de Rui Barbosa, sendo írrita a tentativa de criminalização da atividade judicante, pois não existem crimes de hermenêutica.

Não obstante, embora a decisão do Supremo Tribunal Federal se assemelhe em natureza à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Madison v. Marbury*, em 1803, como afirmação do controle judicial da constitucionalidade das leis e a vinculação definitiva do Judiciário à guarda da Constituição, a contenda “Mendonça Lima v.

Castilhos” permaneceu apenas como objeto de estudo acadêmico, distante da sociedade, e em nada auxiliou na defesa da democracia quando das ameaças autoritárias.

Na esteira 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 e inspirou o nazismo, a questão sobre a prevalência da soberania popular sobre a supremacia judicial perpassou o Estado Novo e o Regime Militar, chegando hoje, infelizmente, ao meio jurídico-político, independente da cor da bandeira ou da inspiração ideológica.

Como se sabe, pela linha de Hans Kelsen, juspositivista que havia sido juiz na Corte Constitucional austríaca, a unidade normativa dos sistemas jurídicos poderia ser equilibrada pela norma fundamental - a Constituição, no nosso caso - sendo o tribunal constitucional - o Supremo Tribunal Federal no Brasil - por consequência, o guardião da Constituição, pois tal instituição é essencial para adequar a norma inferior, vivida concretamente no dia a dia de cada cidadão, aos limites impostos deontologicamente pela Constituição.

Carl Schmitt pensava de forma diferente. Foi ele conselheiro jurídico do Governo Federal alemão no embate com a Prússia, em 1932, no processo decorrente do golpe promovido pelo chanceler conservador Franz von Papen, conhecido como *Preussenschlag*, que favoreceu os nazistas, grupo a que viria Schmitt aderir oficialmente em 1933.

Para Schmitt, o ordenamento jurídico devia a sua existência a um fato anterior 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 tivesse 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 jurídico 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 estabeleceria 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, inicialmente eleito por toda a nação.

Jürgen Habermas (2007) 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.

A história nos mostrou com que facilidade foram as ideias schmittianas utilizadas para finalidades não democráticas, frustrando aqueles bem-intencionados que acreditavam em sua pureza, ao ponto de amparar regimes como o nazista, diante do reconhecimento de que o Führer representava a vontade política do povo alemão, sendo, por natureza, o guardião da unidade constitucional.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, acreditou-se que o trauma das atrocidades do período nazista auxiliariam os intérpretes constitucionais a não isolar os direitos fundamentais como meras indicações de propósito. Com efeito, a partir de 1945, como acredita Shoshana Felman (2014), 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.

Nem sempre foi o que aconteceu. Ideias de intelectuais conservadores como Francisco Campos, influenciado pela linha schmittiana, inspiraram ontem políticos e juristas na construção da Constituição de 1937 e dos atos de 1964, e continuam a sustentar discursos, com nova roupagem, tanto de expoentes da direita quanto da esquerda.

A Constituição de 1988 tentou corrigir essa lacuna através da positivação da resposta à pergunta sobre quem seria o guardião da Constituição com a previsão contida na norma do artigo 102.

#### **4 Ativismo versus responsividade**

Oscar Vilhena Vieira é muito preciso ao esclarecer que o juiz, máxime como intérprete dos direitos fundamentais corporificados na Constituição, como a dignidade da pessoa, está balizado por dois critérios: a deferência às leis e decisões executivas de política pública e a responsividade, que é o vínculo do Judiciário às promessas constitucionais, entre as quais a máxima eficácia aos direitos fundamentais.

Referida postura deve ser compartilhada por todos os juízes que habitam países democráticos e têm como aspecto primordial o combate à omissão estatal na implementação ou à própria obstaculização dos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Diferente do ativismo, que acontece quando o juiz se afasta da Constituição para impor as suas próprias ideias de mundo, ao Judiciário cabe zelar para que seja viabilizada toda aquela gama de direitos elencados pela Constituição de 1988, sempre que provocado.

Não se deve olvidar, é certo, das distorções do voluntarismo que poderiam distorcer o Judiciário em um “superego” da sociedade. Referida expressão é creditada a Ingeborg Maus em um forte ataque ao critério da supremacia judicial, no sentido de que a tendência de fortalecimento do direito através da jurisdição às custas da legislação — e dos processos correlatos como o sufrágio — ajuda a definir 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 fe-

chamento autopoético, o que lhe dá autonomia operacional relativa. Com efeito, 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 social. De todo modo, o Direito deveria ser reconhecido como um sistema normativamente fechado e cognitivamente aberto. Assim, 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, não se concretizando o Judiciário como o “pai de uma sociedade órfã”, mas como mais um elemento do próprio diálogo da sociedade.

Nessa linha, vem o próprio Supremo Tribunal Federal adotando uma posição protagonista, sem que tal descambasse para o ativismo judicial, tendo em vista a sua função de guardião da Constituição.

O Ministro Celso de Mello, ao relatar o ARE 639337 AgR, discorreu sobre a impossibilidade de o Poder Público invocar a cláusula da reserva do possível como forma de obstacularizar a implementação de políticas públicas e, em última instância, inviabilizar a concretização efetiva das normas programáticas positivas na Constituição, com destaque para o mínimo existencial como postulado essencial da pessoa humana.

Na mesma ocasião, acompanhado pelos seus pares, o Ministro Celso de Mello ressaltou o dever do Estado de não reduzir ou suprimir os direitos fundamentais individuais ou coletivos concretizados como prestações positivas, tendo em vista a vedação ao retrocesso.

O efeito de catraca condiciona o Estado a não só tornar os direitos prestacionais efetivos, entre os quais aqueles que versam sobre

a segurança alimentar e o direito à moradia, como também obriga o Poder Público a preservar as conquistas civilizatórias já alcançadas.

Na mesma toada, o Ministro Marco Aurélio, no âmbito do ADPF - RG 347, assinalou que ao Supremo Tribunal caberia retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas para se evitar a violação de direitos fundamentais que alcançariam a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial. Sendo ainda mais incisivo o Ministro Celso de Mello, relator do 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*”.

O clássico voto do Ministro Ricardo Lewandowski, nos autos do RE nº 592581, foi também emblemático, ao reconhecer o poder geral de cautela dos juízes mediante o qual lhes seria permitido conceder medidas atípicas para evitar a violação dos direitos fundamentais. Argumento que se completa com o reconhecimento pelo Tribunal Pleno como resultado da análise do ACO 1472 AgR, igualmente capitaneado pelo Ministro Lewandowski, na direção de ser o Judiciário credenciado para cobrar dos demais Poderes a observância de suas obrigações sociais, sobretudo em benefício das pessoas vulneráveis que necessitam do amparo do Estado, como os portadores de transtornos mentais.

## 5 Conclusão

A Constituição de 1988, ao inovar através da existência de um título para os chamados direitos e garantias fundamentais, abarcando os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, também trouxe a especial valorização do conteúdo prescritivo desses mesmos direitos.

O Estado passou normativamente a ser justificado pelos direitos fundamentais, com destaque para a dignidade da pessoa humana, sendo estruturado em deveres de proteção aos diversos bens fundamentais,

com o escopo de proteger a todos, em especial os vulneráveis, dos atos que os exponham a graves ameaças, bem como desestimular a omissão estatal no seu compromisso de proteção dos bens fundamentais.

Como corolário da inspiração humanista da Constituição de 1988, foi ao Judiciário confiada a responsabilidade de guardar a Lei Fundamental, com ampliação de sua competência no que respeita ao controle de constitucionalidade das leis e dos próprios atos do Poder Público, para cumprir o propósito fundador de alcançar a eficácia concreta dos direitos fundamentais.

## Referências

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm). Acesso em: 23 set. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FELMAN, Shoshana. *O inconsciente jurídico: julgamentos e traumas do século XX*. São Paulo: Edipro, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

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

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18825-um-quarto-da-populacao-vive-com-menos-de-r-387-por-mes>. Acesso em: 23 set. 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=29303](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29303). Acesso em: 23 set. 2018.

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

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Guilherme Pena. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2017/03/1867655-ativismo-judicial.shtml>. Acesso em: 23 set. 2018.