

## ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A INVERSÃO DA POLÍTICA PELO DIREITO À LUZ DO FENÔMENO DA SUPREMOCRACIA<sup>132</sup>

### UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS AND THE SWITCH FROM POLITICS TO LAW THROUGH THE PHENOMENON OF SUPREMOCRACY

**Ana Luiza Goulart Peres Matos**

Mestranda em Direito Público pela Universidade FUMEC. Pós-Graduado em Direito Processual pela UNISUL (2009). Procuradora do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte/MG (Brasil). apesadv@hotmail.com

**Sérgio Henriques Zandona Freitas**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC (2020-Atual). Editor Chefe da Revista Jurídica Meritum FUMEC (2020-Atual). Pós-Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (São Leopoldo/RS). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Professor da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC, aonde é docente permanente da Graduação, Especialização e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD), desde 2009. Magistério na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como Professor convidado desde 2005. Fundador e Coordenador Geral do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Coordenador dos GRUPOS DE PESQUISA, com registro no CNPq e certificados pela Comissão de Pesquisa e iniciação Científica (CoPIC) da instituição, vinculados ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC: 1- GEPRO - GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO PROCESSUAL; 2- DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E(M) CRISE DE EFETIVIDADE: ANÁLISE DE INSTITUTOS DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO, ambos integrantes da REDE AVANÇADA DE PESQUISAS EM DIREITO. Membro do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) da Universidade FUMEC, no CONEP (Conselho Nacional de Ética em Pesquisa). Associado e Diretor Departamental do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDI). Membro honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Editores Científicos (ABEC-Brasil). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (1998). Disciplinas isoladas do Doutorado em Direito Público da PUC MINAS (2008-2009). Associado fundador do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Associado do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC). Parecerista ad doc da Agência de Fomento FUNADESP (Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Privado). Associado da (extinta) Fundação Brasileira de Direito Econômico (FBDE) e do (extinto) Instituto Jurídico de Pesquisa Científica (IJPC). Assessor

<sup>132</sup> Artigo recebido em 15/10/2022 e aprovado em 26/02/2023.

Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (desde 1993), com atuação em Câmaras de Direito Público, Privado, Criminal, Uniformização, Seção Cível, Órgão Especial, CEJUSC-2o. Grau e Ouvidoria Judiciária do TJMG. Advogado licenciado, filiado a Ordem dos Advogados do Brasil (Seccional Minas Gerais), desde 1998. Gestor da Biblioteca Desembargador Pedro Henriques de Oliveira Freitas (com mais de 6.000 títulos nacionais e internacionais). Livros jurídicos e artigos científicos publicados no Brasil, América Latina e Europa (desde 1998), com textos citados em bases bibliográficas e jurisprudenciais diversas. Articulista e parecerista de periódicos jurídicos nacionais e internacionais (SEER IBICT / QUALIS CAPES). Participação ativa em Congressos Nacionais e Internacionais. Dupla cidadania (Brasil/Itália). Belo Horizonte/MG (Brasil). [sergiohzhf@fumeec.br](mailto:sergiohzhf@fumeec.br)

### Bruno Paiva Bernardes

Doutorando em Teoria do Direito e da Justiça pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC (aprovado com distinção), tendo sido bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG). Pós-Graduado em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC Minas (2017). Pós-Graduado em Direito Processual pela UNISUL (2009). Professor de cursos Graduação e Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito, além de cursos preparatórios para carreiras jurídicas. Diretor do Instituto de Ensino e Pesquisa Bruno Bernardes (IPBB) ([ipbb.com.br](http://ipbb.com.br)), que tem como objetivo apoiar o desenvolvimento e a divulgação de trabalhos acadêmicos em Direito. Coordenador Adjunto e Diretor de Eventos, Ensino e Extensão do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Tem experiência na área de Direito, inclusive na orientação de pesquisas, com ênfase em Filosofia do Direito, Teoria do Direito e Metodologia da Pesquisa Científica. Belo Horizonte/MG (Brasil) [contato@professorbrunobernades.com.br](mailto:contato@professorbrunobernades.com.br) e [brunopbernades@gmail.com](mailto:brunopbernades@gmail.com)

**RESUMO:** Este estudo apresenta como tema-problema a seguinte indagação: o Estado de Coisas Inconstitucional é um meio eficaz de tutela de direitos fundamentais ou representa mais uma faceta do ativismo judicial? Como hipótese, traçou-se a afirmativa de que não houve alteração da situação carcerária brasileira após o reconhecimento do ECI, servindo a decisão proferida na ADPF nº 347 apenas para instaurar a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal exercer uma autêntica jurisdição fiscalizadora sobre

os demais Poderes. À vista disso, o objetivo geral da pesquisa é analisar o ECI como uma nova vertente do ativismo judicial. Para tal, adotou-se como marco teórico o conceito de *supremocracia* de Oscar Vilhena Vieira. Ao final, o estudo conclui que a adoção da teoria colombiana pelo Supremo possui nítido caráter ativista, além de ser uma alternativa processual pouco eficaz de proteção de direitos fundamentais. Para este trabalho, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e do raciocínio hipotético-dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Expansão do Poder Judiciário; supremocracia; ativismo judicial; Estado de Coisas Inconstitucional; ADPF nº 347.

**ABSTRACT:** The present study presents as a problem theme the following question: is the Unconstitutional State of Affairs an effective way of protecting fundamental rights or just represents another face of judicial activism? As a hypothesis, the statement was drawn that there was no change in the Brazilian prison outlook after the recognition of the Unconstitutional State of Affairs, serving the decision in ADPF No. 347 only to establish the possibility of the Brazilian Supreme Court exercising an authentic supervisory jurisdiction over the other branches. In view of this, the overall objective of the research is to analyze the Unconstitutional State of Affairs as a new aspect of judicial activism. For this, the concept of supremecracy of Oscar Vilhena Vieira was adopted as a theoretical framework. In the end, the study confirms the hypothesis, concluding that the adoption of the Colombian theory of the Unconstitutional State of Affairs by the Brazilian Supreme Court has a clear activist character, besides being an ineffective procedural alternative for the protection of fundamental rights. For this work, bibliographic research and hypothetical-deductive reasoning were used.

**KEYWORDS:** Global expansion of Judicial Branch; supremocracy; judicial activism; Unconstitutional State of Affairs; ADPF nº 347.

## INTRODUÇÃO

Em setembro de 2015, na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, inspirado pela Corte Constitucional da Colômbia, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema penitenciário brasileiro<sup>133</sup>, isto é, a existência de violações massivas e sistemáticas de direitos fundamentais da população carcerária, decorrentes de repetidos bloqueios institucionais e políticos, cuja superação de inconstitucionalidade exige a imposição de medidas estruturais aos Poderes Públicos.

O ECI é uma espécie de processo estrutural, que, por sua vez, é originário do Direito norte-americano. Ambas as teorias propõem uma atuação forte do Judiciário sobre os demais Poderes, com o objetivo de sanar quadro fático de violação de direitos fundamentais. Dessa maneira, o debate de uma determinada política pública é transportado para dentro do processo judicial, que, para alcançar o objetivo proposto, torna-se menos engessado. Com efeito, permite-se a flexibilização

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº*

347. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

de termos processuais clássicos, como pedido, sentença, a título de exemplo.

Entretantes, tal deslocamento suscita objeções na seara do princípio da separação das funções, do postulado da legitimidade democrática e, por fim, da capacidade técnica do Judiciário para resolver situações tão complexas. Noutras palavras, observa-se a existência de uma linha tênue entre o ECI e o ativismo judicial.

À vista disso, a questão essencial que se apresenta como tema-problema de pesquisa é a inevitável indagação: o ECI é um meio eficaz de tutela de direitos fundamentais ou apenas representa mais uma faceta do ativismo judicial?

Como hipótese, afirma-se que não houve alteração da realidade fática do sistema carcerário brasileiro após o reconhecimento do ECI na Medida Cautelar da ADPF nº 347<sup>134</sup>, servindo a decisão somente para instaurar a possibilidade de o Supremo exercer uma verdadeira jurisdição fiscalizadora da administração pública diante de uma realidade empírica, algo até então inédito no sistema jurídico brasileiro.

Desse modo, malgrado seja inquestionável a situação caótica do sistema prisional do Brasil, a teoria do ECI merece uma análise crítica, notadamente por possibilitar a

ingerência direta do Judiciário na implementação de políticas públicas, atuando em matérias que seriam comumente decididas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo. Ademais, trata-se de tema incipiente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que também justifica a pertinência da pesquisa.

O objetivo geral da pesquisa é analisar o ECI como uma vertente do ativismo judicial, especialmente por ser uma teoria centrada na figura do juiz. No ECI, cabe ao magistrado decidir qual relação fática é tida como inconstitucional, quais medidas serão tomadas pelos demais Poderes, além de, sobretudo, monitorá-las continuamente.

Como objetivos específicos, têm-se: (i) analisar o fenômeno global da supremacia do Judiciário a partir da obra de *The Global Expansion of The Judicial Power*, de Neal Tate e Torbjörn Vallinder<sup>135</sup>, o que será retratado no tópico 2 deste artigo; (ii) compreender como o Supremo Tribunal Federal alcançou a categoria de superpoder (tópico 3); (iii) examinar a ADPF nº 347<sup>136</sup>, que, de forma pioneira, abriu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conduzir, sob sua autoridade, ações estruturais (vide tópico 4).

<sup>134</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

<sup>135</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.

<sup>136</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

Este artigo adota como referencial teórico o conceito de *supremocracia* de Oscar Vilhena Viera<sup>137</sup>, cujo significado pode ser compreendido como o poder inédito conferido ao Supremo Tribunal Federal de proferir a última palavra sobre uma ampla gama de temas – políticos, sociais, econômicos e morais.

No que concerne aos aspectos metodológicos, a pesquisa se insere em perspectiva jurídico-social, adotando, como raciocínio predominante, o hipotético-dedutivo. A investigação é do tipo multidisciplinar e a pesquisa do tipo bibliográfica, com o emprego de dados primários (leis e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal) e secundários (estudos referentes ao tema-problema proposto).

## 1. A EXPANSÃO GLOBAL DO PODER JUDICIÁRIO

A expansão do Poder Judiciário é um dos fenômenos mais marcantes deste século. Tate e Vallinder<sup>138</sup>, com a célebre coletânea intitulada *The Global Expansion of The Judicial Power*, foram

pioneiros no estudo da temática, servindo a obra de referência para estudos ulteriores. Para os autores, a expansão deve ser compreendida como *judicialização da política*, isto é, “[...] processo pelo qual tribunais e juízes passam a dominar progressivamente a formulação de políticas públicas que antes vinham sendo decididas (ou, acredita-se, que deveriam ser decididas) por outros departamentos estatais, como o legislativo e o executivo”<sup>139 140</sup>.

Tate e Vallinder<sup>141</sup> não traçam uma teoria única para explicar a ascensão judicial, apenas apontam condições que facilitam a sua ocorrência. Da mesma forma, Brandão<sup>142</sup> afirma ser impossível encontrar apenas uma tese para decifrar a expansão global da atividade judiciária, haja vista a existência de diferentes culturas jurídicas e o fato de os processos de reconstitucionalização de diversos países acontecerem em cenários e momentos distintos.

Nessa perspectiva, a partir de estudos comparados, Ginsburg<sup>143</sup> analisa o processo de expansão judicial

<sup>137</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

<sup>138</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.

<sup>139</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995. p. 28, tradução nossa.

<sup>140</sup> Texto original: “*The process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had*

*previously been made (or, it is widely believed, ought to been made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives.*”.

<sup>141</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.

<sup>142</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

<sup>143</sup> GISBUNRG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge: Cambridge University, 2003.

por meio de ondas. A primeira onda aconteceu nos Estados Unidos, a partir do conhecido caso *Marbury v. Madison*, de 1803<sup>144</sup>, considerado pelos estudiosos da jurisdição constitucional o precedente da *judicial review of legislation*. A decisão prolatada pelo juiz Marshall fincou uma dupla tendência no constitucionalismo moderno: a supremacia da constituição sobre leis e demais atos normativos e a competência do Judiciário para rever atos do Executivo e do Legislativo tidos como inconstitucionais, exercendo o papel de intérprete final do texto constitucional. A segunda onda remonta à redemocratização de regimes autoritários na Europa no segundo pós-Guerra (Alemanha, Itália, Portugal e Espanha) e à reconstrução constitucional de antigos regimes coloniais na África e na Ásia. Por último, no final do século XX, a terceira onda da *judicial review* aconteceu em decorrência da redemocratização de países da América Latina libertos de

ditaduras militares e em países do Leste Europeu com a derrocada do comunismo.

Tendo isso em vista, somente após a segunda metade do século XX, o controle de constitucionalidade deixou de ser uma individualidade do Direito norte-americano para tornar-se um mecanismo global, presente em 158 países de 191 dos sistemas constitucionais.<sup>145</sup> Gardabum<sup>146</sup> nota a presença desse fenômeno, inclusive em países notoriamente conhecidos pela supremacia parlamentar, como Inglaterra, Nova Zelândia, Israel e Canadá. Por sua vez, Hirschl<sup>147</sup> resume com precisão: a atual ordem política caminha para a *juristocracia*<sup>148</sup>.

A experiência traumática gerada por regimes totalitários trouxe à tona uma sociedade ansiosa por direitos e por justiça. A partir daí, houve uma convergência mundial para a constitucionalização de direitos, devidamente tutelada por cortes constitucionais. Para Garapon, a

<sup>144</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Petition for writ of mandamus Marbury v. Madison*. William Marbury v. James Madison. Washington, 1 de fevereiro de 1803.

<sup>145</sup> GISBUNRG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge: Cambridge University, 2003.

<sup>146</sup> GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica. *Opinião Jurídica*, [s. l.], v.15, n. 21, 2017.

<sup>147</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: E.D.A, 2020.

<sup>148</sup> Hirschil cunha de juristocracia o fenômeno surgido no novo constitucionalismo de transferir uma quantidade inédita de poder de instituições representativas para o judiciário. “A crença de que a afirmação judicial de direitos constitui

uma força de mudança social livre das amarras do poder político alcançou um status quase-sagrado na discussão pública. Cortes supremas e tribunais supranacionais têm se tornado corpos crescentes importantes, cruciais mesmo, de tomadas de decisões políticas” (HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: E.D.A, 2020. p. 29). E tal fenômeno é onipresente: “Essa aceitação passiva de competências alheias, pelos juízes, pode tanto se dar nas esferas mais discretas das cidades pequenas, como pelos integrantes de uma suprema corte, com jurisdição nacional. A juristocracia não tem limite” (HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: E.D.A, 2020. p. 13).

sociedade “vê na justiça o último refúgio de um ideal democrático”, o que explica “essa reviravolta judiciária da vida política”<sup>149</sup>. Maus<sup>150</sup>, ao analisar a questão sob o viés psicanalítico, enxerga uma “sociedade órfã”, cuja figura paterna é suprida pelo Judiciário.

Dessa forma, os direitos fundamentais foram lançados ao epicentro dos textos constitucionais. Diversos países, inspirados na Lei Fundamental de Bonn, de 1949 – doravante considerada a Constituição da Alemanha<sup>151</sup> – elevaram a dignidade da pessoa humana como superprincípio constitucional.<sup>152</sup> Vieira fala em regeneração da constituição, pois “[...] recobrou sua força como instrumento de habilitação da democracia, organização e limitação do poder e garantia de direitos a partir de meados do século XX”<sup>153</sup>. A democracia, antes

vista como regra da maioria, passou a ser concebida como respeito ao direito das minorias, competindo à função contramajoritária a sua proteção.

Todo esse movimento de constitucionalização de direitos e o correlato controle judicial contribuíram para o fortalecimento do Poder Judiciário. Tate e Vallinder (1995)<sup>154</sup> apontam outras condições facilitadoras dessa ascensão: (i) a democracia, porquanto inexistir judicialização em estados autoritários; (ii) a separação das funções, funcionando o Judiciário como um terceiro imparcial na resolução dos conflitos dos demais poderes; (iii) o proveito das cortes pelas oposições, tornando-se os tribunais uma espécie de terceira casa legislativa; (iv) a ineficiência das instituições majoritárias para cumprir as promessas constitucionais, o que leva à perda da

<sup>149</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 26.

<sup>150</sup> MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>151</sup> ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949*. Tradução de Aachen Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag, 2021.

<sup>152</sup> A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, estabelece em seu art.1.1: “A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la” (ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949*. Tradução de Aachen Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag, 2021). Na mesma linha, no Brasil, o Constituinte de 1988 estabeleceu que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito (art. 1º, III, da Constituição da República de 1988). Seguindo o texto constitucional, registrou-se o trecho do voto proferido pela Ministra

Cármen Lúcia, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510: “A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF*. Relator: Min. Rel. Carlos Ayres Brito, 28 de maio de 2010).

<sup>153</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 90.

<sup>154</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.

confiança da sociedade na classe política<sup>155</sup>; (v) o uso da corte por grupos econômicos para defenderem seus interesses; (vi) a delegação voluntária da tomada de decisões das instituições majoritárias para o Judiciário. As duas últimas também são referenciadas por Hirschl:

*A judicialização de questões de políticas fundamentais oferece um refúgio conveniente para os políticos que procuram evitar tomar decisões morais e políticas difíceis, com relação às quais não há vencedor. Afinal, quando questões políticas controversas são tratadas como questões jurídicas, a suposição concomitante é que juízes e tribunais, em vez de representantes eleitos em arenas majoritárias devem resolvê-las. Um exame mais astuto sugere que a transferência dessas e de outras “grandes questões” da esfera política para os tribunais foi apoiada tacitamente, se não ativamente iniciada por atores políticos que representam elites econômicas e interesses estabelecidos.*<sup>156</sup>

Paralelo a isso, acrescentam-se as condições interpretativas originárias

do neoconstitucionalismo. Tal expressão surgiu na Europa, no período adjacente ao fim da Segunda Grande Guerra, com vistas a dar uma nova interpretação para o Direito à luz do Estado constitucional. Nesse sentido, a constituição é concebida como uma fonte direta de direitos e obrigações, o que Streck chama de “Direito constitucional de efetividade, um direito assombrado pela ponderação de valores (de princípios, de regras e até mesmo – de interesses), uma concretização *ad hoc* da constituição”<sup>157</sup>.

Pietro<sup>158</sup> sintetiza os elementos do neoconstitucionalismo: a presença de uma constituição transformadora de direitos a ser aplicada pelo Juiz, que, por sua vez, exerce papel de protagonista; a confiança na garantia jurisdicional e uma correlata desconfiança do legislador; mais princípios, menos regras; e, por fim, mais ponderação do que subsunção. Ou melhor, a utilização dos princípios como principal parâmetro interpretativo – fundamento basilar da doutrina do direito como integridade de Dworkin<sup>159</sup> –, dá à norma um elevado grau de abstração, o que permite a atuação discricionária do julgador.

<sup>155</sup> Acerca disso, Garapon é preciso: “Não é que o juiz tenha se transformado num novo ator político, mas foram os políticos que perderam sua imunidade em relação à justiça” (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 35.

<sup>156</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: E.D.A, 2020. p. 354.

<sup>157</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 250.

<sup>158</sup> PIETRO, Sanchís. Neoconstitucionalismo y poderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

<sup>159</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

Em tom crítico, Garapon<sup>160</sup> destaca que a lei foi enfraquecida pelos princípios fundamentais, que se distinguem do direito natural por estarem previstos no texto constituinte. Contudo, prossegue o autor, “[...] como esse texto é, por definição, incompleto, cabe ao juiz dar-lhe a palavra”<sup>161</sup>. No fim, “[...] o juiz atualiza a obra do constituinte e torna-se um colegislador permanente”<sup>162</sup>.

Entrementes, a adesão cega ao novo constitucionalismo por diversos sistemas jurídicos, incluindo o brasileiro, somada às demais condições políticas e institucionais aqui traçadas, desencadearam uma judicialização global sem precedentes, fizeram emergir o fenômeno do ativismo judicial<sup>163</sup> em detrimento da autocontenção judicial e contribuíram

para o esvaziamento do debate político na arena democrática, enfraquecendo o sistema representativo.<sup>164</sup>

Nessa conjectura, houve uma ressignificação do princípio da separação dos poderes, já que o Judiciário passou a enfrentar questões que antes eram exclusivas dos Poderes Legislativo ou Executivo. Noutras palavras, o juiz “boca da lei”, como conjecturado por Montesquieu<sup>165</sup>, cedeu lugar ao juiz definidor e executor de políticas públicas. Frutos dessa mudança de atitude, citam-se o processo estrutural e o ECI, teorias que, em linhas gerais, propõem uma intervenção contínua do Judiciário sobre os demais poderes.

Decerto que o papel contramajoritário exercido pelo Judiciário, notadamente em sua função

<sup>160</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 41.

<sup>161</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 41.

<sup>162</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 41.

<sup>163</sup> A expressão ativismo judicial pode ser entendida sob vários sentidos. Há quem defenda o ativismo como algo positivo; outros, como um insulto à ordem democrática. Controvérsias à parte, o presente artigo adota o entendimento de que o ativismo ocorre quando a função jurisdicional ultrapassa os limites impostos no ordenamento jurídico para invadir a função legislativa ou executiva. Para Barroso: “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de

diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Suffragium*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 14, jan./dez. 2009).

<sup>164</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: E.D.A, 2020; TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.

<sup>165</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Martins. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

precípua de resguardar os direitos das minorias e controlar os excessos dos demais poderes, é vital para a manutenção da ordem democrática. Em contrapartida, os abusos advindos do ativismo judicial não podem ser ignorados. Afinal, supremacia constitucional não é sinônimo de supremacia judicial. Waldron<sup>166</sup> adverte: um poder judicial ilimitado, certamente tornar-se-á um soberano hobbesiano, um leviatã.

Estabelecidas as premissas da expansão global do Poder Judiciário, passa-se agora à compreensão do fenômeno em solo brasileiro.

## 2. A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A concepção de um Poder Judiciário no centro da arena política brasileira surgiu, primeiramente, no período do Segundo Reinado (1840-1889). Consoante Rodrigues<sup>167</sup>, D. Pedro II, inspirado pelo Direito norte-americano, almejava a instalação de uma Corte Suprema no país para promover o bom funcionamento da constituição.

Com a Proclamação da República, em novembro de 1889, o Imperador foi deposto, mas sua ideia se

fez presente na Constituição de 1891<sup>168</sup>, que copiou em grande parte o sistema norte-americano de governo e outorgou expressamente ao Supremo Tribunal Federal o poder de declarar a inconstitucionalidade de leis.

No entanto, o protagonismo do Supremo Tribunal Federal somente foi alcançado com a Constituição da República de 1988<sup>169</sup>, considerada o grande marco da redemocratização do país, após 21 anos de ditadura militar (1964–1985). Antes de 1988, não há a mínima possibilidade de se falar em supremacia judicial no Brasil, porquanto as constituições pregressas eram meros instrumentos de organização e estruturação do Estado, cujas normas, despidas de ineficácia, não podiam ser aplicadas pelos magistrados nos casos concretos.<sup>170</sup>

Por ser fruto de um movimento de ruptura, o poder constituinte de 1988 produziu uma constituição extremamente ambiciosa no que atine aos propósitos a serem protegidos e alcançados pelo Estado, trazendo à tona um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, dotado de normatividade e aplicabilidade. Sarlet atribui três características marcantes à Constituição de 1988: “[...] extensiva ao título de direitos fundamentais,

<sup>166</sup> WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

<sup>167</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. t. I.

<sup>168</sup> BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do*

*Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [19--].

<sup>169</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].

<sup>170</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente”<sup>171</sup>. Para o autor, o caráter analítico revela uma preocupação de salvaguardar uma série de direitos contra uma erosão ou usurpação pelos Poderes constituídos.

Ao lado da maximização dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988<sup>172</sup> promoveu o fortalecimento do Ministério Público, a institucionalização da Defensoria Pública, além de conceder poderes inéditos ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, que passou a desempenhar três funções simultâneas: tribunal constitucional, tribunal de recursos e tribunal de primeira e última instância nos casos de foro especializado. Tal fato, em termos comparativos, rendeu ao Supremo o *status* de tribunal singular, posto que, na maioria das democracias contemporâneas, tais atribuições não são exclusivas de uma única instituição.<sup>173</sup>

O controle de constitucionalidade foi mantido em sua modalidade mista (difuso e concentrado), porém com consideráveis mudanças no que atine ao controle concentrado. A ação direta de inconstitucionalidade, antes exclusiva ao Procurador-Geral da República, teve seu rol de legitimados ampliado, o que possibilitou o acesso à Suprema Corte por diversos agentes da sociedade civil, bem como por partidos de oposição. Fixou-se como regra geral a aplicação de efeito *ex-tunc*, representando o fortalecimento da importância política do controle de constitucionalidade.<sup>174</sup>

A isso, soma-se a Lei nº 9.868/1999<sup>175</sup> que introduziu os institutos do *amicus curiae* e da audiência pública, democratizando a jurisdição constitucional. Previu-se, também, a ADPF, regulamentada pela Lei nº 9.882/1999<sup>176</sup>, recentemente utilizada como meio de ataque a políticas públicas em abstrato (e.g. ADPF nº 347, tema central deste ensaio). A Emenda Constitucional nº 3,

<sup>171</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 64.

<sup>172</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].

<sup>173</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

<sup>174</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a*

*última palavra sobre o sentido da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

<sup>175</sup> BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2009.

<sup>176</sup> BRASIL. *Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2000.

de 17/03/1993<sup>177</sup>, criou a ação declaratória de constitucionalidade a ser ajuizada pelos mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade. Por fim, de grande relevância, destaca-se a Emenda Constitucional nº 45/2004<sup>178</sup>, responsável pelas inovações da súmula vinculante e da repercussão geral.

Sem surpresas, todas essas mudanças legislativas ocasionaram a hipertrofia do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal. A respeito, Vieira, inspirado por Hirschl<sup>179</sup>, usa o termo *supremocracia*<sup>180</sup>, cuja definição é a seguinte:

*Supremocracia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última*

*palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem vinculadas por emendas à Constituição.*<sup>181</sup>

Consideradas essas premissas, conclui-se que todas as condições políticas e institucionais referenciadas por Tate e Vallinder<sup>182</sup> como favoráveis à expansão global do Poder Judiciário se fazem presentes no ordenamento jurídico político brasileiro. Aliado a isso, verifica-se a adoção das concepções básicas do neoconstitucionalismo pela jurisprudência brasileira, confirmando, também, a presença das condições interpretativas<sup>183</sup>. O Brasil vive hoje a era

<sup>177</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Emenda constitucional nº 3, de 17 de março de 1993*. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.

<sup>178</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004.

<sup>179</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: E.D.A., 2020.

<sup>180</sup> Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro criaram o termo *ministocracia*, considerando-se a enorme quantidade de decisões judiciais proferidas individualmente por ministros do Supremo Tribunal Federal, sem a participação do plenário ou até mesmo contra ele. Para Vieira, a *ministocracia* representa a fragmentação da jurisdição do Supremo; a

versão radical da *supremocracia*. Tal fato releva um problema gravíssimo: a seletividade do julgamento a entrar em pauta, uma vez que a agenda do colegiado é definida por um dos seus membros (cf. ARGUELHES, Diego Ribeiro Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos*, São Paulo, v. 37, n. 1, jan./abr. 2018; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018).

<sup>181</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 162.

<sup>182</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.

<sup>183</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of*

da judicialização da política, potencializada por uma forte postura ativista do Supremo Tribunal Federal, decorrente sobretudo da inércia dos poderes majoritários em efetivar e aprimorar políticas públicas.<sup>184</sup>

Esmiuçando a questão, no país, a hiperconstitucionalização dos direitos veio desacompanhada de sua respectiva efetivação, o que confirma a tese levantada por Law e Versteeg<sup>185</sup> no trabalho de pesquisa nomeado “*Shaw Constitutions*” ou “Constituições Falsas” (tradução nossa). Ao cabo, a dupla de pesquisadores, ao comparar mais de 160 textos constitucionais, chega à conclusão de que quanto maior for a promessa constitucional mais distante é a sua realização. Nessa mesma linha, pode-se dizer que a Constituição da República de 1988<sup>186</sup>, especialmente quanto ao alcance dos princípios fundamentais às classes sociais marginalizadas, parafraseando Neves<sup>187</sup>, é simbólica, a julgar pela sua ineficácia normativo-jurídico. Com efeito, ante a inexistência e ou ineficiência das políticas públicas, o Judiciário passou a atuar em prol da

concretização dos direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais.

Nesse cenário, a tarefa de tornar viva a Constituição levou o Judiciário a desempenhar o papel de protagonista das mudanças almejadas pelo Poder Constituinte. Em consequência, segundo Ramos<sup>188</sup>, isso tornou sepultou a postura reativa e descomprometida do Judiciário, ao mesmo tempo em que viabilizou o fenômeno do ativismo judicial.

Noutras palavras, a constitucionalização dos direitos sociais e o debate acerca de sua efetivação foram potencializados pela corrente neoconstitucionalista, que valoriza o poder criativo do magistrado, a aplicação direta de princípios e a extração de mínimos existenciais diretamente exigidos da Constituição, à luz do superprincípio da dignidade da pessoa humana.<sup>189</sup> Dessa maneira, o papel ativista do Judiciário seria justificável pela possibilidade de se transformar a realidade social em prol das minorias desprotegidas, o que Leal<sup>190</sup> conjectura como o verdadeiro

*judicial power*. New York: New York University, 1995.

<sup>184</sup> GROESTEIN, Júlio. *Ativismo Judicial: análise comparativa do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2018; SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

<sup>185</sup> LAW, David. S.; VERSTEEG, Mila. *Shaw Constitutions*. *California Law Review*, [s. l.], v. 101, n. 4, ago. 2013.

<sup>186</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].

<sup>187</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

<sup>188</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2018.

<sup>189</sup> SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

<sup>190</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória*

Estado-Juiz, ou ainda, o Juiz garantista-ativista da realização de direitos.

A guinada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a legitimidade do Judiciário em intervir em políticas públicas ocorreu no julgamento da ADPF 45<sup>191</sup> <sup>192</sup>, de relatoria do Ministro Celso de Melo, considerada um marco para a temática. O entendimento anterior, alicerçado no respeito à previsão orçamentária e aos princípios da separação das funções e da reserva do possível, foi superado com vistas a promover a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais pela via judicial.

Amparado nesse retrato de jurisdição constitucional, em 2015, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 347<sup>193</sup>, chegou ao ápice de sua postura ativista, ao importar da Corte Constitucional da Colômbia, a Teoria do ECI, espécie de processo estrutural,

cujo fundamento central é a adoção de um controle judicial forte sobre os demais poderes com intuito de cessar uma situação de violação de direitos fundamentais.

Como se verá a seguir, a referida decisão inaugura a possibilidade de se aplicar, no ordenamento jurídico brasileiro, um novo modelo de controle judicial de políticas públicas, cuja essência camufla um verdadeiro governo de juízes.

### 3. A ADPF Nº 347 E SUAS IMPLICAÇÕES NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Antes de se analisar a ADPF nº 347, é preciso fazer uma rápida digressão para traçar algumas considerações importantes acerca do ECI e dos processos estruturais.

conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

<sup>191</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF*. Relator: Min. Rel. Celso de Melo, 29 de abril de 2004.

<sup>192</sup> A respeito, o seguinte trecho da decisão: “Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento

governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, 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” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF*. Relator: Min. Rel. Celso de Melo, 29 de abril de 2004).

<sup>193</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

No ano de 1991, foi promulgada a Constituição da Colômbia<sup>194</sup>, vigente até os dias atuais, com uma extensa lista de direitos fundamentais e comprometida com os direitos sociais<sup>195</sup>. A Corte Constitucional foi ali instituída, com amplo acesso à sua jurisdição e significativas competências e poderes de controle sobre os atos dos demais poderes via controle misto de constitucionalidade das leis<sup>196</sup>.

Desde sua origem, a Corte Constitucional da Colômbia participa das questões políticas e sociais do país, sendo considerada o paradigma do ativismo judicial na América Latina<sup>197</sup>. Tal caráter ativista tornou-se mais evidente com a declaração de um ECI, o que significa o reconhecimento da existência de violação massiva de direitos fundamentais, ocasionada por bloqueios institucionais, cuja solução exige a adoção de medidas estruturais pelos Poderes Públicos<sup>198</sup>.

O ECI é uma espécie do gênero processo estrutural que, por seu turno, é originário do Direito norte-americano, precisamente do caso *Brown v. Board of*

*Education of Topeka*, de 1954<sup>199</sup>. Nessa decisão, a Suprema Corte declarou inconstitucional a política de segregação racial no ensino público norte-americano, permitindo que crianças negras frequentassem escolas exclusivamente de brancos<sup>200</sup>.

Para dar efetividade ao comando judicial, foram adotadas diversas medidas estruturantes, como a exigência de novos procedimentos para a escolha de professores, novos critérios para a construção de escolas e do sistema de transporte público, o que exigiu uma cooperação entre os demais poderes públicos<sup>201</sup>. Ainda, a Suprema Corte autorizou a criação de planos, que atenderiam a peculiaridade de cada região, cuja execução seria acompanhada pelo Poder Judiciário local<sup>202</sup>.

Nesse mote, Fiss esclarece que “[...] o processo estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça

<sup>194</sup> COLÔMBIA. [Constitución (1991)]. *Constitución Política de la República de Colombia*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, 1991.

<sup>195</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

<sup>196</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

<sup>197</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

<sup>198</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

<sup>199</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education*. Washington, 17 de maio de 1954.

<sup>200</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education*. Washington, 17 de maio de 1954.

<sup>201</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>202</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes”<sup>203</sup>. Em outras palavras, o Poder Judiciário se envolve na gestão de estruturas administrativas e assume certo nível de supervisão sobre tais instituições para concretizar determinadas normas e direitos fundamentais<sup>204</sup>.

Em linhas gerais, o processo estrutural, bem como o ECI, têm como característica marcante o distanciamento do modelo tradicional de processo, mormente por permitirem a flexibilização de conceitos processuais clássicos, tais como parte, pedido, sentença, preclusão e coisa julgada<sup>205</sup>. Na demanda estrutural, a função do magistrado não é pôr termo a um litígio – decidir qual lado está certo –, mas estabelecer quais reformas devem ser implementadas em prol da efetivação de um determinado direito fundamental. Com efeito, o término do processo é indefinido, ou seja, “[...] a jurisdição da corte durará enquanto a ameaça persistir”<sup>206</sup>. Por fim, para os estruturalistas, o ponto forte desse modelo de processo é a busca na resolução do conflito por meio de diálogo entre os entes públicos.

Voltando à ADPF nº 347<sup>207</sup>, registra-se que a ação foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e redigida pelo constitucionalista Daniel Sarmento. Ali foi requerido o reconhecimento do ECI do sistema prisional brasileiro com a adoção de providência estrutural, qual seja, a formulação de um plano nacional pelo Governo Federal contendo propostas e metas específicas para superar o quadro de graves violações aos direitos fundamentais da população carcerária de todo o país.

Trata-se de ação ambiciosíssima, que chega ao extremo de requerer que os juízes penais reduzam as penas aplicadas em sentenças transitadas em julgado ante as más condições carcerárias, não obstante tal prerrogativa ser de competência privativa do Chefe de Estado<sup>208</sup>.

A medida cautelar foi deferida, reconhecendo-se o ECI. Nesse primeiro momento do processo não foi determinada nenhuma medida estruturante, apenas foram deferidos os pedidos referentes à obrigação de realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas da prisão e à liberação do saldo acumulado do Fundo

<sup>203</sup> FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 26.

<sup>204</sup> PORFIRIO, Camila Almeida. *Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

<sup>205</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021; VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>206</sup> FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 52.

<sup>207</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

<sup>208</sup> SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos<sup>209</sup>.

Sem embargo, malgrado o julgamento de mérito não tenha acontecido, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer expressamente o ECI, à luz do modelo criado pela Corte Constitucional da Colômbia, trouxe à tona uma série de questionamentos e objeções<sup>210</sup> sobretudo por representar uma ameaça ao postulado da legitimidade democrática e ao princípio da separação das funções.

Nesse âmbito, a primeira questão que desperta atenção refere-se ao uso da ADPF como meio idôneo para o reconhecimento do ECI.

Nota-se que, na Medida Cautelar na ADPF nº 347<sup>211</sup>, o Supremo, de forma atípica, declarou como inconstitucional uma omissão fático-substancial. Isto é,

uma realidade empírica e não uma norma jurídica. Com efeito, instaurou-se a possibilidade de uma falha estrutural ser objeto de uma nova modalidade de vício constitucional a justificar, nas palavras de Silva, “[...] a criação de autêntica jurisdição supervisora em sede de fiscalização abstrata”<sup>212</sup>, algo inédito no Brasil, porquanto nenhuma ação de controle abstrato foi criada para conferir a adequação fática de um estado de coisas com o texto constitucional.

Diante desse cenário, ou seja, da possibilidade de se declarar inconstitucional uma realidade fática, denota-se o perigo eminente de banalização da teoria colombiana pelos operadores do direito. Conquanto a ADPF nº 347<sup>213</sup> envolva apenas a situação carcerária brasileira, não há dúvida de que o ECI possa alcançar uma miríade de políticas públicas<sup>214</sup>. Afinal, à

<sup>209</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

<sup>210</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez senões do processo estrutural. *Empório do direito*, [s. l.], 2021; MEYER, Emilio Peluzo Neder. *Decisão e jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021; SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

<sup>211</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

<sup>212</sup> SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020. p. 203.

<sup>213</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

<sup>214</sup> Ao que tudo indica, a ADPF nº 347 não será um caso isolado de declaração do ECI. Atualmente, estão em curso no Supremo Tribunal Federal três ações requerendo o reconhecimento do ECI, são elas: ADPF nº 822, com relação à demora do Executivo na condução das políticas públicas diante da pandemia da COVID-19, registre-se que o Ministro Relator, Marco Aurélio, votou favorável ao reconhecimento. Todavia o encerramento da votação ainda não ocorreu; ADPF nº 743 que visa ao reconhecimento do ECI especialmente dos biomas da Amazônia e Pantanal, tendo em vista a omissão da União, dos Estados e dos Município com relação ao desmatamento e prevenção e combate aos incêndios e a ADPF nº

luz da realidade brasileira, o que não seria inconstitucional?

Decerto que a citada ADPF nº 45<sup>215</sup> abriu o caminho para o controle jurisdicional de políticas públicas, mas, de maneira alguma, estabeleceu a possibilidade de o Judiciário coordenar e supervisionar políticas públicas por meio de monitoramento<sup>216</sup>. No entanto, pioneiramente, a ADPF nº 347, ao importar a teoria do ECI, permitiu essa hipótese. Seguindo essa tendência, menciona-se a recente ADPF nº 709<sup>217</sup> cuja medida liminar impôs à União a

elaboração de um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros a ser fiscalizado pela própria Corte.

Nesse contexto, a primeira dúvida que se instaura é a seguinte: como o Supremo achará tempo em sua tumultuada agenda para coordenar e monitorar a execução de um plano estrutural de políticas pública?

Em termos numéricos, tramitam, no corrente ano, 21.097 processos no

708, que questiona a omissão da União ao não adotar providências administrativas em relação ao Fundo Clima. Nessa última, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso destacou que o quadro ambiental descrito na inicial, caso confirmando, “revela a existência de um estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental, a exigir providências de natureza estrutural”. Destacam-se, outrossim: a ADPF nº 786, que buscava o reconhecimento do ECI do sistema tributário nacional, no sentido de ser determinado ao Executivo e ao Legislativo a elaboração de uma reforma tributária com base nos parâmetros da progressividade e da igualdade material tributária; a ADPF nº 682, cujo objeto era a suspensão de novos curso de Direito, com o reconhecimento do ECI em decorrência da violação sistemática ao preceito constitucional que garante a qualidade do ensino jurídico superior; e por fim, a ADPF nº 866 na qual a Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON) pediu à Corte o reconhecimento do ECI na política pública de saúde brasileira. Tais ações foram rejeitadas liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal. Sem embargo, não deixam de ser uma amostra acerca da possibilidade, ou não, do uso do ECI no ordenamento jurídico brasileiro. (cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 822*. Relator: Min. Rel. Marco Aurélio [Data da última movimentação: 10 ago. 2021]; BRASIL.

Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 743*. Relator: Min. Rel. André Mendonça [Data da última movimentação: 10 ago. 2021]; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708*. Relator: Min. Rel. Roberto Barroso [Data da última movimentação: 10 ago. 2021]; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 786*. Relator Min. Rel. Alexandre de Moraes, 9 de fevereiro de 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 682*. Relator: Min. Rel. Ricardo Lewandowski, 20 de maio de 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 866*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 20 de julho de 2021).

<sup>215</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF*. Relator: Min. Rel. Celso de Melo, 29 de abril de 2004.

<sup>216</sup> SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

<sup>217</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709*. Relator: Min. Rel. Roberto Barroso, 10 de junho de 2020.

Supremo Tribunal Federal<sup>218</sup>. Segundo Silva<sup>219</sup>, a Corte colombiana não julga mais que 800 processos por ano, o que indica uma capacidade maior de dedicação desta Corte à jurisdição supervisora, quando comparada ao Supremo Tribunal Federal.

Sem embargo, mesmo com o modesto número de processos sob a jurisdição da Corte colombiana, os resultados práticos do ECI são controversos.

A título de amostra, cita-se a *Sentencia de Tutela* nº 153/1998<sup>220</sup>, cujo objeto também envolve a violação de direitos fundamentais da população carcerária. Decorridos mais de vinte anos do reconhecimento do ECI, a situação de inconstitucionalidade ainda está longe de ser sanada, principalmente pela ausência de monitoramento da decisão<sup>221</sup>.

Acresça-se, também, a *Sentencia de Tutela* nº 025/2004, referente ao deslocamento forçado de

pessoas em decorrência das ações violentas de grupos armados. À época, o processo obteve resultados positivos<sup>222</sup>, porém, atualmente, o cenário de inconstitucionalidade revela-se incontrolável. Segundo dados do Escritório das Nações Unidas para a Coordenação de Assuntos Humanitários<sup>223</sup>, em 2021, constatou-se um aumento de 181% do número de migrantes em relação ao ano anterior. Com efeito, nas palavras de Porfírio, “[...] é preciso reconhecer que as Cortes, sozinhas, não são aptas a gerar transformações políticas e sociais permanentes”<sup>224</sup>.

A partir da década de 1980, os processos estruturais entraram em declínio nos Estados Unidos sobretudo pela ausência de resultados satisfatórios<sup>225</sup>. Há questionamentos, inclusive, quanto aos resultados do caso *Brown v. Board of Education*<sup>226</sup>. Para Rosemberg<sup>227</sup>, somente após a aprovação do *Civil Rights Act*, em 1964,

procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

<sup>223</sup> UNITED NATIONS OFFICE FOR THE COORDINATION OF HUMANITARIAN AFFAIRS. *Global humanitarian overview 2022*. [s. l.]: UNOCHA, 2022.

<sup>224</sup> PORFIRIO, Camila Almeida. *Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 137.

<sup>225</sup> ROSEMBERG, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago: University Chicago, 2008.

<sup>226</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education*. Washington, 17 de maio de 1954.

<sup>227</sup> ROSEMBERG, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago: University Chicago, 2008.

<sup>218</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Corte aberta*. Acervo Geral. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2022.

<sup>219</sup> SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

<sup>220</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela 153/98*. Julgado em 28 de abril de 2004.

<sup>221</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019; MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos*. *Direito GV*, [s. l.], v. 15, n. 2, 2019.

<sup>222</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019; PORFIRIO, Camila Almeida. *Litígios estruturais: legitimidade democrática,*

e do *Elementary and Secondary Education Act*, em 1965, a almejada integração começou a ser visualizada. No entanto, na atualidade, o problema ainda persiste em algumas escolas norte-americanas<sup>228 229</sup>.

Nesse contexto, interpela-se por que o Supremo resolveu importar teorias que não se mostraram eficientes? E questiona-se, outrossim: a realidade social dos Estados Unidos nos anos de 1950 a 1970, bem como da Colômbia no final da década de 1990, são similares às demandas sociais brasileiras da atualidade? No entendimento de Costa, “[...] não se pode cair na tentação colonial de um copismo institucional sem filtros rígidos e adaptações severas. Pior: um copismo institucional deslocado no tempo”<sup>230</sup>.

Também, a questão da inversão da legitimidade democrática não pode ser minimizada. Sem pormenorizar, políticas públicas representam o conjunto de ações, programas e decisões de governos direcionadas a assegurar os direitos da sociedade.

Dessarte, como bem pontua Costa<sup>231</sup>, a elaboração desse tipo de política exige a junção de atos legislativos e governamentais, quer dizer, a atuação coordenada dos agentes eleitos diretamente pelo povo. O ECI propõe exatamente o contrário: leis e atos governamentais são trocados por decisões judiciais, o que significa a substituição da política pelo direito. Sucede-se que o Poder Judiciário não tem legitimidade para criar políticas públicas, competindo-o apenas atuar na reparação de situações emergenciais.

Ademais, o ciclo de políticas públicas envolve cinco fases<sup>232</sup>: (i) definição do problema; (ii) formação da agenda; (iii) formulação de programas e projetos; (iv) implementação das políticas delineadas; (v) monitoramento e avaliação da performance. A literatura especializada estabelece o prazo mínimo de dez anos para tal ciclo, tempo tido como fundamental para que se obtenha maturidade suficiente a

<sup>228</sup> Segundo dados levantados por Kucsera e Orfield, o Estado de Nova York possui as escolas públicas mais segregadas dos Estados Unidos. Para os autores, entre os anos 1950 e 1980, a questão da desagregação escolar foi enfrentada pelos tribunais e pela legislação. Programas e planos foram implementados nesse sentido. No entanto, nos últimos 20 anos, a maioria das políticas de integração foi abandonada pelos poderes públicos (cf. KUCSERA, John; ORFIELD, Gary. *New York State’s extreme school segregation: inequality, inaction and a damaged future*. [S. l.: s. n.], 2014).

<sup>229</sup> FISS, Owen. Models of adjudication. Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss. *Caderno Direito GV*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 8, p. 3-57, nov. 2005, p. 29; KUCSERA, John;

ORFIELD, Gary. *New York State’s extreme school segregation: inequality, inaction and a damaged future*. [S. l.: s. n.], 2014; PORFIRIO, Camila Almeida. *Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

<sup>230</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez senões do processo estrutural. *Empório do direito*, [s. l.], 2021.

<sup>231</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez senões do processo estrutural. *Empório do direito*, [s. l.], 2021.

<sup>232</sup> RAEDER, Savio. Ciclo de políticas: uma abordagem integradora dos modelos para análise de políticas públicas. *Perspectivas em Políticas Públicas*, Belo Horizonte, v. VII, n. 13, p. 121-146, jan./jun. 2014.

propósito de sua experiência de implementação<sup>233</sup>.

O que se vê, portanto, é que o ECI e os processos estruturais ignoram tal ciclo, especialmente por exigirem que políticas públicas sejam elaboradas às pressas, sem qualquer estudo pormenorizado acerca de seus efeitos e resultados. Para mais, o Supremo não possui uma visão geral dos problemas da administração pública, não estando apto a definir qual situação terá prioridade dentre as demais.

Além disso, não há dúvida de que o ECI confere poderes ilimitados ao Judiciário, que passa a exercer função de um superadministrador, protegido pelas garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade dos vencimentos<sup>234</sup>. No entanto, ao contrário dos agentes políticos, o magistrado não responderá pelas decisões estruturais equivocadas, nem por improbidade administrativa e tampouco terá que prestar contas, o que Costa enxerga como o “melhor dos mundos” e conclui: “[...] com grandes poderes vêm grandes responsabilidades, exceto para o ‘juiz governante’ do processo estrutural. Daí a forte tentação para a megalomania judiciária”<sup>235</sup>. Ainda, tal modelo de

processo exige a figura de um juiz democrático, flexível, criativo, fiscalizador, administrador, com *expertise* em políticas públicas, ou seja, praticamente o Juiz Hércules do modelo *dworkiniano*. Diante disso, pergunta-se: os ministros do Supremo possuem disposição para conduzir um processo sob essas circunstâncias?

Há um certo romantismo em achar que o ECI e as ações estruturais resolverão todos os problemas que assolam um país. A transferência de poderes ao Judiciário não significa, necessariamente, que a sociedade será beneficiada. Parafraseando Hamilton<sup>236</sup>, o Poder Judiciário, sozinho, é incapaz de transformar a realidade social, uma vez que não possui a espada, nem a chave do cofre. Dito de outra forma: os tribunais são institucionalmente limitados para promoverem mudanças sociais, visto que suas decisões podem ser enfraquecidas por forte oposição política<sup>237</sup>. Ainda que o ECI priorize o diálogo entres os Poderes Públicos, a centralização dos planos de ação nas mãos do Supremo limita o campo discricionário de atuação do Executivo e do Legislativo, o que gera uma desmotivação destes Poderes na busca por resultados satisfatórios<sup>238</sup>.

<sup>233</sup> SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

<sup>234</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez senões do processo estrutural. *Empório do direito*, [s. l.], 2021; SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

<sup>235</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez senões do processo estrutural. *Empório do direito*, [s. l.], 2021

<sup>236</sup> HAMILTON, Alexander. *O federalista*. Campinas: Russel, 2003.

<sup>237</sup> HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: E.D.A, 2020; ROSEMBERG, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago: University Chicago, 2008.

<sup>238</sup> MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a

Por fim, conquanto não se possa apontar, com precisão, o resultado da ADPF nº 347<sup>239</sup>, é grande a evidência de que a declaração do ECI será incapaz de mudar a drástica realidade do sistema carcerário brasileiro. A condução morosa do processo, que nem sequer teve seu mérito julgado, não obstante passados quase sete anos de sua distribuição, não deixa dúvida quanto a isso.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vive-se a era global da supremacia do Poder Judiciário sobre os demais poderes. Tal fenômeno também é notado em solo brasileiro, ocupando o Supremo Tribunal Federal o epicentro da arena política.

A redemocratização do país trouxe à baila a Constituição da República de 1988<sup>240</sup>, marcada pela maximização dos direitos e garantias fundamentais e pelo fortalecimento do Poder Judiciário, em particular do Supremo Tribunal Federal.

Sem embargo, a realidade social se contrapõe aos direitos consagrados pelo Constituinte de 1988. O Brasil falha na missão precípua de fornecer direitos mínimos aos seus cidadãos mais carentes de direitos. Nesse contexto de negativa, o Judiciário, outrora conhecido

por sua postura meramente reativa, vislumbra-se como a tábua de salvação de direitos fundamentais sociais. Desse modo, percebe-se um deslocamento do debate de políticas públicas das arenas majoritárias para o campo restrito do Judiciário.

A Medida Cautelar na ADPF nº 347<sup>241</sup>, que reconheceu o ECI do sistema penitenciário brasileiro, é um exemplo claro desse deslocamento.

Este ensaio não desconhece as mazelas do sistema carcerário, nem a necessidade premente de serem adotadas medidas pelos Poderes Públicos visando superar os bloqueios institucionais e políticos que cercam o problema. Também, não se está aqui negando a importância do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais.

No entanto, o ponto de reflexão cinge-se ao remédio a ser utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para sanar tal problema.

A adoção de uma teoria que propõe uma fiscalização incessante do Poder Judiciário sobre os demais poderes enfraquece o sistema representativo, viola os princípios da separação das funções e da legitimidade democrática e acende um sinal de alerta sobre uma possível usurpação da soberania popular.

resposta dos poderes políticos. *Direito GV*, [s. l.], v. 15, n. 2, 2019.

<sup>239</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

<sup>240</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].

<sup>241</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

A isso, adita-se o fator da ineficiência. A *Sentencia de Tutela nº 153/1998*<sup>242</sup>, cujo objeto, também, abrange os direitos da população carcerária, não se mostrou capaz de reverter o cenário de inconstitucionalidade.

No Brasil, a toda evidência que tal situação se repita. Decorridos quase sete anos da distribuição da ADPF nº 347<sup>243</sup>, o quadro de violação generalizada e sistemática de direitos fundamentais da população carcerária brasileira permanece inalterado.

Nada obstante, a referida ação representa um marco na jurisprudência do Supremo, pois inaugurou a possibilidade de ações estruturais serem ali conduzidas. A propósito, hodiernamente, diversas ações dessa natureza estão em curso no Supremo Tribunal Federal e com os mais variados objetos: meio-ambiente, saúde pública, proteção da população indígena durante a pandemia da COVID-19, segurança pública nas favelas do Rio de Janeiro.

Dessa maneira, confirma-se a hipótese de pesquisa, a julgar pela ausência de resultados satisfatórios da Medida Cautelar na ADPF nº 347<sup>244</sup>, servindo a decisão apenas para instaurar a possibilidade de o Supremo exercer uma verdadeira jurisdição fiscalizadora sobre os demais Poderes

com base numa realidade empírica, em nítido caráter ativista.

Por fim, as objeções aqui propaladas não desmerecem o empenho do Supremo em buscar uma solução para um problema tão espinhoso da sociedade. Contudo, o caminho para tal superação há de ser pautado no respeito aos demais Poderes, mormente por serem também intérpretes da Constituição e por gozarem de soberania popular conferida aos seus representantes.

## REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949*. Tradução de Aachen Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag, 2021. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.
- ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.
- ARGUELHES, Diego Ribeiro Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos*, São Paulo, v. 37, n. 1, jan./abr. 2018. Disponível em: [http://novosestudios.com.br/wp-content/uploads/2018/04/02\\_arguelh](http://novosestudios.com.br/wp-content/uploads/2018/04/02_arguelh)

<sup>242</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela 153/98*. Julgado em 28 de abril de 2004.

<sup>243</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

<sup>244</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

- es\_dossie\_110\_p12a33\_baixa\_vale.p  
df. Acesso em: 9 out. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [19--]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Emenda constitucional nº 3, de 17 de março de 1993*. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm). Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm). Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm). Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 786*. Relator Min. Rel. Alexandre de Moraes, 9 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345629715&ext=.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF*. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO

- DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. [...]. Relator: Min. Rel. Carlos Ayres Brito, 28 de maio de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396/false>. Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 822*. Relator: Min. Rel. Marco Aurélio [Data da última movimentação: 10 ago. 2021]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 743*. Relator: Min. Rel. André Mendonça [Data da última movimentação: 10 ago. 2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708*. Relator: Min. Rel. Roberto Barroso [Data da última movimentação: 10 ago. 2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 682*. Relator: Min. Rel. Ricardo Lewandowski, 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343124071&ext=.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 866*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 20 de julho de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347092070&ext=.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema

penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709*. DIREITOS FUNDAMENTAIS. POVOS INDÍGENAS. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS FACE À PANDEMIA DA COVID-19. CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS. [...] 8. Determinação de criação de barreiras sanitárias, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão. [...]. Relator: Min. Rel. Roberto Barroso, 10 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349465392&ext=.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF*. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO MÍNIMO EXISTENCIAL. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) [...]. Relator: Min. Rel. Celso de Melo, 29 de abril de 2004. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Corte aberta*. Acervo Geral. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/acervo/acervo.html>. Acesso em: 9 out. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

COLÔMBIA. [Constitución (1991)]. *Constitución Política de la República de Colombia*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, 1991. Disponível em: <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/COLOMBIA-Constitucion.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela 153/98*. ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-

- Condiciones de  
hacinamiento/ESTABLECIMIENTO  
CARCELARIO-Perspectiva histórica  
del hacinamiento en Colombia/LEY  
DE ALTERNATIVIDAD EN LA  
LEGISLACION PENAL Y  
PENITENCIARIA-Descongestión  
carcelaria/ESTABLECIMIENTO  
CARCELARIO-Algunas causales  
explicativas de la  
congestión/ESTABLECIMIENTO  
CARCELARIO-Infraestructura y  
administración/ESTABLECIMIENTO  
CARCELARIO-Consecuencias del  
hacinamiento [...]. Julgado em 28 de  
abril de 2004. Disponível em:  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>.  
Acesso em: 9 out. 2022.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez  
senões do processo estrutural.  
*Empório do direito*, [s. l.], 2021.  
Disponível em:  
<https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-181-dez-senoes-do-processo-estrutural>. Acesso em: 9  
out. 2022.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São  
Paulo: Martins Fontes, 2014.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema  
Corte. *Brown v. Board of Education*.  
Washington, 17 de maio de 1954.  
Disponível em:  
<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html>. Acesso  
em: 9 out. 2022.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema  
Corte. *Petition for writ of mandamus  
Marbury v. Madison*. William Marbury  
v. James Madison. Washington, 1 de  
fevereiro de 1803. Disponível em:  
<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>. Acesso  
em: 9 out. 2022.
- FISS, Owen. *Direito como razão pública*:  
processo, jurisdição e sociedade.  
Curitiba: Juruá, 2017.
- FISS, Owen. Models of adjudication.  
Transcrição da apresentação do  
professor Owen Fiss. *Caderno Direito  
GV*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 8, p. 3-57,  
nov. 2005, p. 29. Disponível em:  
<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2810/direito%202008.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*.  
O guardião das promessas. Rio de  
Janeiro: Revan, 1999.
- GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de  
constitucionalismo da Comunidade  
Britânica. *Opinião Jurídica*, [s. l.], v.15,  
n. 21, 2017.
- GISBUNRG, Tom. *Judicial review in new  
democracies*: constitutional courts in  
Asian cases. Cambridge: Cambridge  
University, 2003.
- GROESTEIN, Júlio. *Ativismo Judicial*: análise  
comparativa do Direito Constitucional  
brasileiro e norte-americano. São  
Paulo: Almedina, 2019.
- HAMILTON, Alexander. *O federalista*.  
Campinas: Russel, 2003.
- HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia*: as  
origens e consequências do novo  
constitucionalismo. Londrina: E.D.A,  
2020.
- KUCSERA, John; ORFIELD, Gary. *New York  
State's extreme school segregation*:  
inequality, inaction and a damaged  
future. [S. l.: s. n.], 2014. Disponível  
em:  
<https://www.civilrightsproject.ucla.edu/research/k-12-education/integration-and-diversity/ny-norflot-report-placeholder/Kucsera-New-York-Extreme-Segregation-2014.pdf>.  
Acesso em: 9 out. 2022.
- LAW, David. S.; VERSTEEG, Mila. Shaw  
Constitutions. *California Law Review*,

- [s. l.], v. 101, n. 4, ago. 2013. Disponível em: <http://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/01-LawVersteeg1.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Direito GV*, [s. l.], v. 15, n. 2, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80272/76708>. Acesso em: 9 out. 2022.
- MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MEYER, Emilio Peluzo Neder. *Decisão e jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Martins. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- PIETRO, Sanchís. Neoconstitucionalismo y poderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- PORFIRIO, Camila Almeida. *Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- RAEDER, Savio. Ciclo de políticas: uma abordagem integradora dos modelos para análise de políticas públicas. *Perspectivas em Políticas Públicas*, Belo Horizonte, v. VII, n. 13, p. 121-146, jan./jun. 2014.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. t. I.
- ROSEMBERG, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago: University Chicago, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.
- SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.
- UNITED NATIONS OFFICE FOR THE COORDINATION OF HUMANITARIAN AFFAIRS. *Global humanitarian overview 2022*. [s. l.]: UNOCHA, 2022. Disponível em: <https://www.unocha.org/sites/unocha/files/Global%20Humanitarian%20Overview%202022.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2021.

WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.