

# ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

## JUDICIAL ACTIVISM IN THE SUPREME COURT AND THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES IN BRAZIL

*Luciana Rêgo dos Santos\**  
*Fernando Veras Bezerra\*\**

### RESUMO

---

O presente trabalho aborda o ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal e a influência das suas decisões na implementação de políticas públicas. Primeiro são feitas considerações sobre a evolução histórica do STF no controle de constitucionalidade das normas. São expostas, ainda, as críticas lançadas em torno do ativismo judicial no STF, fazendo-se, logo após, uma análise da ADPF n. 347. Por fim, aborda-se a obra de Ingeborg Maus e sua adequação à realidade brasileira. Ao final, conclui-se que a teoria de Maus se adequa perfeitamente à situação vivida no Brasil, em que o Poder Judiciário, principalmente o STF, tem se fortalecido cada vez mais, estando caracterizado atualmente como o superego de uma sociedade órfã. Assim, é necessária uma maior autocontenção por parte do Poder Judiciário em relação às decisões que envolvam políticas públicas e uma maior utilização de diálogos institucionais entre órgãos e poderes.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial; Políticas públicas; Supremo Tribunal Federal; ADPF n. 347; Estado de coisas inconstitucional.

### ABSTRACT

---

This paper addresses the judicial activism in the Supreme Court and the influence of their decisions on the implementation of public policies. First

---

\* Advogada, pós-graduanda em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza – Unifor. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza Unifor. lucisantos\_@hotmail.com.

\*\* Assessor de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Professor da Universidade de Fortaleza – Unifor. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Fortaleza – Unifor. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. fernandoveras@outlook.com.

considerations are made about the historical evolution of the Supreme Court of the constitutionality of the rules. Its also address the criticisms thrown around the judicial activism in the Supreme Court, shortly after an analysis is made of ADPF n. 347. Finally, it approaches the work of Ingeborg Maus and its adaptation to the Brazilian reality. Finally, it is concluded that the Maus theory perfectly fits the situation experienced in Brazil, where the judiciary, especially the Supreme Court, has been strengthened increasingly being currently featured as the superego of an orphan society. Thus, greater self-restraint by the judiciary in relation to decisions involving public policy and greater use of institutional dialogue is needed between agencies and powers.

**Keywords:** Judicial activism; Public policy; Federal Court of Justice; ADPF n. 347; State of things unconstitutional.

## INTRODUÇÃO

Não raras são as vezes em que magistrados utilizam decisões ativistas para implementar políticas públicas com o argumento de fazer valer direitos fundamentais. Contudo, a crescente intromissão do Poder Judiciário em questões políticas tem gerado um grande debate jurídico acerca dos limites na atuação do referido poder. Muito se alega que frequentemente o Judiciário extrapola suas competências ao adentrar em questões essencialmente políticas, as quais deveriam ser decididas discricionariamente pelo Poder Executivo ou Legislativo.

Em razão da alta judicialização de questões envolvendo política no país, casos de extrema relevância social tem chegado ao Supremo Tribunal Federal para que este venha dar a palavra final em face da inércia do Legislativo e do Executivo. Exemplos emblemáticos de casos de grande relevo social levados à Suprema Corte brasileira são: a problemática das uniões homoafetivas, da fidelidade partidária, da utilização de células-tronco, do aborto de fetos anencéfalos, da situação degradante do sistema penitenciário no Brasil, entre outros.

É justamente em face dos julgados derivados das situações narradas anteriormente que pairam as críticas mais severas sobre as atuações do Supremo Tribunal Federal. Muitos doutrinadores acreditam que a Suprema Corte tem se utilizado de um ativismo judicial desmedido em seus julgados, extrapolando as competências que lhe foram conferidas pela Constituição. O Poder Judiciário, em especial o STF, tem se fortalecido de maneira exacerbada, fato que pode vir a ocasionar à criação de um superorgão e de um superpoder Judiciário. Vale ressaltar que frequentemente juízes e ministros tem sido considerados heróis da sociedade, sempre prontos para resolver as mazelas sociais que assolam os cidadãos. Todavia, tais problemas deveriam estar sendo solucionados pela atuação eficiente do Legislativo e Executivo e não pelo Poder Judiciário.

Destarte, o presente artigo tem como objeto analisar o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e sua influência na implementação de políticas públicas no Brasil, considerando-se as discussões jurídicas abordadas na doutrina e jurisprudência. De início, é abordado o conceito de origem e caracterização de ativismo judicial. Por conseguinte, relata-se a evolução histórica e a atuação do STF no controle da constitucionalidade das normas.

Abordam-se também as críticas ao ativismo judicial no STF, sendo realizada ainda um estudo de caso da ADPF n. 347. Por fim, é feita uma análise sobre a adequação da teoria da professora Igenborg Maus para a realidade do Poder Judiciário brasileiro.

### **ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO, HISTÓRICO E CARACTERIZAÇÃO**

As primeiras manifestações de ativismo judicial surgiram perante a jurisprudência norte-americana, tendo, em um primeiro momento, caráter conservador. É importante destacar ainda que “foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dread Scott v. Sanford* 1847) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937)”<sup>1</sup>. Contudo, posteriormente, a Suprema Corte em si (e não somente a parcela reacionária), durante as presidências de Warren e Burger, produziu jurisprudência progressista em relação aos direitos fundamentais e, principalmente, no tocante a questões raciais envolvendo negros.

Em relação à expressão *judicial activism* (ativismo judicial), esta foi inicialmente empregada pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr., em um artigo denominado *The Supreme Court: 1947*, divulgado pela *Fortune*. Para se reportar ao oposto de ativismo judicial, o jornalista lançou mão do termo *self restraint* (autocontenção). A repercussão do artigo de Schlesinger Jr. foi tanta que o termo se tornou largamente conhecido, fato que ocasionou uma indesejada rotulação dos magistrados pela sociedade norte-americana.

Neste passo, a expressão tribunal ativista ou tribunal de contenção se tornou popular. As decisões ativistas estavam atreladas a resultados e as decisões de autocontenção ligadas a limitações processuais. Vale ressaltar que o termo ativismo judicial foi utilizado pela Suprema Corte Norte-Americana pela primeira vez quando do julgamento do caso *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1.032 (1983).

Segundo Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial se refere à adoção de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, a fim de expandir o

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275-290.

seu sentido e alcance. Esse ativismo se manifesta, geralmente, em momentos de retração do Poder Legislativo que impedem o atendimento de demandas sociais de maneira efetiva. Registre-se, ainda, que “o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito”.<sup>2</sup>

Barroso afirma também que a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas das quais se destacam:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenção ao Poder Público, notadamente em matérias de políticas públicas.<sup>3</sup>

Contudo, em sentido contrário ao entendimento de Barroso, para Elival da Silva Ramos o ativismo judicial é caracterizado pelo:

(...) exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).<sup>4</sup>

No mesmo sentido se posiciona Lenio Streck ao corroborar que o ativismo ocorre quando o Judiciário atua fora do âmbito de suas competências constitucionais, ao usurpar o papel do Poder Legislativo:

(...) Com essa postura ativista do judiciário, não apenas argumentos de política passaram a predar os argumentos jurídicos, mas também o judiciário passou a exercer este papel predatório do espaço político (e da moral), na medida em que, ao desrespeitar os limites materiais estabelecidos pela Constituição para sua atuação, acabou trazendo imenso prejuízo para a democracia.<sup>5</sup>

Outrossim, resta esclarecer as diferenças entre ativismo judicial e judicialização. Segundo o ministro Luís Roberto Barroso:

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 4. ed., jan. 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/hRs5sP>>. Acesso em: 16/05/2016.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2011, p. 279.

<sup>4</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219.

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números? *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 26 out. 2013, p. 12. Disponível em: <<http://goo.gl/6AONHd>>. Acesso em: 15/07/2016.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...). Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.<sup>6</sup>

Em posicionamento crítico e contrário ao de Barroso, Lenio Streck se manifesta no sentido de que:

(...) a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. Ocorre na maioria das democracias. O problema é o ativismo, que, para mim, é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas).<sup>7</sup>

Assim, para Streck, deve se distinguir a judicialização da política, fenômeno típico da maioria das democracias, do ativismo judicial que se caracteriza como um ato que extrapola o poder emanado ao do Poder Judiciário no exercício de suas atribuições constitucionais.

## **EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS**

O Poder Judiciário, sobretudo as Cortes Constitucionais, teve no cenário mundial uma significativa ascensão institucional e passou a ocupar um espaço político cada vez mais relevante. No Brasil não foi diferente. Diante da história constitucional brasileira, a Constituição de 1988 foi a que mais proporcionou garantias aos cidadãos, além de prever um extenso catálogo de direitos fundamentais a serem efetivados pelo Estado. A Carta Cidadã, como ficou conhecida, conferiu ainda à Suprema Corte a “palavra final” para decidir diversas questões sociais e políticas, principalmente por meio da ampliação das ações do controle de constitucionalidade das normas, de modo a fortalecer o papel exercido pelo Poder Judiciário, principalmente no que diz respeito à efetivação de direitos fundamentais, contribuindo diretamente para a transformação social do país.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2009.

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números?

Inegavelmente, o Supremo Tribunal Federal tem tido papel decisório fundamental na sociedade brasileira em face das diversas mudanças sociais, culturais e políticas do país. Vale ressaltar que a técnica de controle de constitucionalidade das normas tem influenciado diretamente na liberdade de atuação e no fortalecimento do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição. Assim, o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, tem sido protagonista na resolução de questões sociais de extrema importância, a exemplo da união homoafetiva e da adoção de cotas raciais.

Contudo, antes de abordar com mais profundidade o papel desempenhado pelo STF no cenário pátrio e analisar as críticas lançadas à sua atuação, é necessário discorrer brevemente sobre a trajetória histórica do controle de constitucionalidade das normas desde a Constituição Imperial de 1824 até o cenário atual, na vigência da Constituição Federal de 1988.

Durante a vigência da Constituição Imperial de 1824 não havia controle de constitucionalidade no Brasil. A referida Carta Constitucional teve forte influência francesa, atribuindo ao Poder Legislativo a produção, suspensão e revogação legislativa, de modo a atuar como guardião da Constituição. Todavia, essa realidade viria a se transformar significativamente em razão das mudanças sociais sofridas pelo Brasil ao longo do século XIX, que levaram à proclamação da República e à promulgação da Constituição de 1891.

A Magna Carta de 1891 teve acentuada influência da Constituição norte-americana, a qual já previa o controle difuso de constitucionalidade. Uma das importantes mudanças trazidas pela nova constituição foi a transferência do órgão incumbido da análise da constitucionalidade, que passou do Poder Legislativo para o Judiciário. Outra inovação trazida foi a possibilidade de que qualquer pessoa questionar judicialmente, no âmbito federal ou estadual, a constitucionalidade de determinado dispositivo legal, de modo a consagrar o controle difuso de constitucionalidade, também chamado de controle por via de exceção. Vale ressaltar ainda que ao Supremo Tribunal Federal foi conferido o papel de última instância na resolução de questões relativas à validade de um tratado ou de uma norma em relação à Constituição, dando impulso ao fortalecimento de seu papel e sua posterior consagração como guardião da Constituição.

Neste passo, segundo preleciona Carlos Alexandre Azevedo Campos<sup>8</sup> com o surgimento da República o raciocínio constitucional brasileiro sofreu mudanças consideráveis que o levaram à direção seguida pelo constitucionalismo norte-americano. Vale ressaltar que o grande responsável por essa transformação foi Rui Barbosa, haja vista que sua influência intelectual ensejou a afirmação do

---

<sup>8</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Forense, 2014.

controle judicial (incidental e difuso) de leis federais e estaduais.

Com o advento da Constituição de 1934, o controle difuso foi mantido. Instituiu-se, ainda, a cláusula de reserva de plenário no âmbito do controle difuso, bem como foi estabelecida a atuação do Senado na suspensão de lei ou ato declarado inconstitucional. Todavia, a mais importante inovação trazida pela referida Carta Maior foi a introdução do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, por meio da representação interventiva (atual ADI interventiva). A referida ação elegeu como seu legitimado o procurador-geral da República, sendo de competência do Supremo Tribunal Federal e cabível na hipótese de contrariedade aos princípios constitucionais sensíveis. Destarte, pela primeira vez, a Suprema Corte teria competência para analisar a constitucionalidade de uma lei em tese, estabelecendo-se, assim, o embrião do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil.

Posteriormente, com outorga da Constituição de 1937, o controle difuso permaneceu, embora com algumas diferenças quanto ao estipulado na Constituição de 1934. Frise-se que a Carta Constitucional 1937 expressou caráter autoritário e fascista. Exemplo disso foi o estabelecido em seu art. 96, que facultava ao Presidente da República solicitar ao Legislativo a validação de uma lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte. Por oportuno, sobre a referida norma, Carlos Alexandre Azevedo Campos ressalta que no constitucionalismo contemporâneo esta norma poderia ser bem aceita como mecanismo de diálogo institucional. Contudo, em razão do contexto ditatorial imposto por Getúlio Vargas “o problema não era tanto o conteúdo da medida, mas as circunstâncias”<sup>9</sup>.

De fato, o supracitado dispositivo atacava diretamente a tripartição dos Poderes de modo a ocasionar um considerável retrocesso ao controle de constitucionalidade no Brasil. Vale lembrar que o Poder Judiciário restou ainda mais enfraquecido diante da vedação imposta para apreciar questões exclusivamente políticas.

Diferentemente da Constituição Polaca (como ficou conhecida a CF de 1937), a Constituição Federal de 1946 teve caráter democrático. O controle judicial de constitucionalidade foi retomado de modo similar ao da CF de 1934, não havendo mais interferência dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, houve o retorno da representação interventiva, no que diz respeito ao controle concentrado e, ainda, a volta da cláusula de reserva de plenário e da atuação do Senado em sede de controle difuso.

Todavia, foi a partir da instituição da Emenda Constitucional n. 16/1965, ainda sob a vigência da CF de 1946, que o controle concentrado sofreu

---

<sup>9</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*.

transformações substanciais. Foi por meio da criação da então intitulada ação genérica de constitucionalidade, a qual possuía como único legitimado o procurador-geral da República, que ordenamento jurídico pátrio passou a ter uma nova ação em sede de controle concentrado, passando a realizar efetivamente o controle abstrato de leis ou atos normativos federais ou estaduais.<sup>10</sup>

Em relação ao controle de constitucionalidade na Constituição de 1967, pode-se afirmar que não houve grandes mudanças. A referida Carta Constitucional preservou as modificações trazidas pela Emenda n. 16, não instituindo alterações significativas, contudo, deixou de reiterar a previsão da ação genérica estadual. Em contrapartida, com a criação da emenda n. 1/1969, foi estabelecida uma norma permitindo o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais em face das Constituições estaduais.

Em meio ao contexto histórico descrito, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal nem sempre foi institucionalmente forte e independente como se mostra atualmente. Mesmo com as inovações trazidas por alguns diplomas constitucionais, as Constituições brasileiras anteriores ao ano de 1988 foram marcadas pelas intervenções do Poder Executivo perante a Suprema Corte. Exemplo disso eram as nomeações unilaterais de ministros pelo Presidente da República, as alterações arbitrárias do número de juízes que compunham a corte, bem como a imposição de aposentadorias compulsórias aos ministros por vontade única do Poder Executivo.

Sobre os momentos de insegurança institucional vividos pelo Supremo Tribunal Federal, Campos<sup>11</sup> assevera que, diante das instabilidades políticas que caracterizaram a história brasileira, o STF até demonstrou reações iniciais contra os governos autoritários, contudo, suas decisões não eram cumpridas ou sua organização e estrutura eram ameaçadas e atacadas. Por um longo tempo, a Suprema Corte brasileira sofreu amargamente com o hipertrofiamento do Poder Executivo. Todavia, essa situação adquiriu outros contornos com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A Constituição de 1988 estabeleceu uma gama de novidades em relação ao controle de constitucionalidade e, a partir da Emenda Constitucional n. 3 de 1993, o Brasil passou a ter cinco espécies de ações para o exercício do controle concentrado, quais sejam: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI genérica; b) ADI por omissão; c) ADI interventiva; d) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF; e e) Ação Declaratória de Constitucionalidade –

---

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 87.

<sup>11</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*.

ADC. No que tange às referidas inovações trazidas pela Constituição de 1988, Barroso<sup>12</sup> esclarece que a principal mudança trazida foi a ampliação significativa do rol de legitimados e o fim do monopólio do procurador-geral da República no que tange ao ajuizamento da ADI.

O combate às arbitrariedades perpetradas pela ditadura, juntamente com a redemocratização do país, ocasionou não somente o fortalecimento das garantias e direitos fundamentais, mas também deu impulso para a ampliação do rol de ações e de legitimados à propositura das ações do controle abstrato de constitucionalidade, tornando-se, assim, mais acessível à sociedade. Para Ives Granda Martins e Gilmar Ferreira Mendes,<sup>13</sup> a ampla legitimação conferida pelo constituinte originário objetivou o reforço do controle abstrato de normas, ocasionando uma significativa mudança no ordenamento jurídico brasileiro.

A Magna Carta de 1988 foi, incontestavelmente, um marco na história constitucional brasileira, sendo considerada por alguns doutrinadores um símbolo do renascimento do direito constitucional no Brasil. Alguns aspectos dessa Carta que merecem destaque são o amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, juntamente com a expansão da jurisdição constitucional e o fortalecimento dos poderes decisórios do Supremo Tribunal Federal. Indubitavelmente, a ampliação dos legitimados ativos para ajuizamento da ação direta, a criação de novas ações no âmbito do controle abstrato e as demais inovações trazidas pela CF/88 influenciaram a construção do cenário atualmente vivido pelo Judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao fortalecimento e expansão da atuação da Suprema Corte.

## **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

“A Constituição de 1988 mudou extraordinariamente não só o direito constitucional brasileiro, mas as relações entre o Estado e os cidadãos e o papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal”.<sup>14</sup> De fato, atualmente verifica-se a existência de uma tendência à expansão da jurisdição constitucional no Brasil, conjuntura que tem contribuído decisivamente para o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, o qual frequentemente é acionado para decidir sobre questões sociais e políticas cada vez mais relevantes na sociedade.

Vale ressaltar que a Carta Constitucional em vigor está longe de ter um modelo político puramente majoritário. Nela foram estabelecidos rígidos limites

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*.

<sup>13</sup> MARTINS, Ives Gandra Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10/11/1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 86.

<sup>14</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*.

às decisões das maiorias a fim de preservar, principalmente, os direitos e garantias fundamentais. Ao Supremo Tribunal Federal foi conferida a averiguação do fiel cumprimento dos limites impostos pela Constituição. Assim, para que pudesse desempenhar seu papel com eficiência, foi dada à Suprema Corte um vasto número de competências e instrumentos decisórios, fortalecendo-a e ampliando a concentração de poder de decisão em sua jurisdição.

Não se pode olvidar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal foi nomeado de forma expressa como guardião da Constituição, bem como lhe foi conferido um extenso rol de competências originárias. Além disso, conforme salientado anteriormente, a Magna Carta de 1988 promoveu transformações de grande relevância no controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, principalmente no que tange à sua estrutura, ações e ao elenco de legitimados para o ajuizamento das ações pertinentes, fortalecendo, assim, a atuação da Suprema Corte. Daniel Barile da Silveira se manifesta de forma pontual ao discorrer sobre o tratamento conferido ao STF após a promulgação da Constituição de 1988:

Nos termos das transformações trazidas em 1988 com a nova Carta Constitucional, um número bastante amplo de atribuições foram-lhe adquiridas, perfazendo com que o Tribunal se ocupasse tanto como intérprete oficial do texto da Constituição, configurando-se como um verdadeiro tribunal constitucional, tal qual tem exercido o mister de ser a última voz em matéria de recursos, no exercício de atribuições que são típicas de um tribunal de cassação. Por fim, é palco de ações originárias de entes políticos com prerrogativa de foro, caracterizando-o como um órgão de julgamento especializado. Ademais, a Constituição ainda lhe outorgou a função de ser o árbitro último de conflitos entre outros tribunais, como na relação entre Estados e organizações estrangeiras e entes políticos nacionais, além de apresentar-se como uma diretriz unificadora da jurisprudência nacional, dentre muitas outras tarefas de modo a perfilhar um vasto papel no Poder Judiciário brasileiro.<sup>15</sup>

É importante lembrar que fortalecimento institucional do Supremo não foi somente impulsionado pelas disposições normativas instituídas pelo constituinte originário, mas o Tribunal também ganhou força por meio dos atos legislativos emanados pelo poder constituinte derivado quando da edição da Emenda Constitucional n. 03/93 e da Emenda Constitucional n. 45/2004. Assim, após a edição da Constituição de 1988, tornou-se inevitável a consolidação da força institucional do Supremo Tribunal Federal e de suas decisões, juntamente com a ampliação dos instrumentos de controle de constitucionalidade.

---

<sup>15</sup> SILVEIRA, Daniel Barile da. *O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 117.

## O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal

Para Luís Roberto Barroso,<sup>16</sup> as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais em todo o mundo desempenham, ao menos de forma potencial, três grandes papéis ou funções: o papel contramajoritário, o representativo e o de vanguarda iluminista. Assim, seguindo a lição de Barroso, mas sem adentrar no mérito das funções representativa e iluminista, far-se-á uma breve análise do papel contramajoritário da Suprema Corte no cenário brasileiro.

Inicialmente, pode-se afirmar que a função contramajoritária se caracteriza pela possibilidade das cortes constitucionais invalidarem leis e atos normativos originados dos Poderes Executivo e Legislativo. Frise-se que a referida função gerou, principalmente durante a primeira metade do século XX, um amplo debate jurídico sobre *judicial review* em razão da consequente dificuldade contramajoritária enfrentada no controle de constitucionalidade das normas. A dificuldade contramajoritária, expressão desenvolvida por Alexander Bickel, caracteriza-se pela possibilidade de juízes não eleitos democraticamente pelo povo sobrepujarem suas decisões às escolhas de agentes políticos devidamente eleitos pela população para a condução do país.

Importa destacar que, por muito tempo, e até mesmo ainda hoje, o debate acerca do controle judicial de constitucionalidade tem tido como um de seus principais pontos de reflexão exatamente o possível caráter antidemocrático do *judicial review*, expressado pela dificuldade contramajoritária. Contudo, em que pese os pensamentos doutrinários divergentes, Luís Roberto Barroso entende que a função contramajoritária “é um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias”.<sup>17</sup>

Com isso, importa expor o entendimento de Barroso acerca do exercício da função contramajoritária exercida pelo Supremo Tribunal Federal:

No Brasil, ao contrário do que se poderia supor, o Supremo Tribunal Federal desempenha este papel com parcimônia e autocontenção. É relativamente reduzido o número de leis federais declaradas inconstitucionais. Aqui uma observação é importante: o nível de judicialização no país é muito elevado, em razão de termos uma Constituição abrangente, que cuida de uma grande diversidade de matérias que, na maioria dos países, é deixada para a lei e para o processo político majoritário.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Portal Consultor Jurídico. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/jbBH0U>>. Acesso em: 15/05/2016.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*.

Daniel Sarmento também se manifesta sobre a importância do papel contramajoritário exercido no Brasil pelo STF:

(...) não é difícil concluir acerca da essencialidade do papel contramajoritário do Poder Judiciário, em geral, e muito especialmente do STF, a quem compete precipuamente a atividade de intérprete final e de guardião da Constituição Federal. Não será por outro motivo que o STF, marcadamente nesse tempo de tão grandes transformações e transição políticas, sociais e econômicas, vem sendo chamado a julgar a constitucionalidade de uma gama cada vez mais variada de assuntos tão relevantes para o país (...).<sup>19</sup>

Assim, em que pese as controvérsias sobre o tema, o papel contramajoritário exercido pelo Supremo tem demonstrado ser peça fundamental para o ordenamento jurídico brasileiro. Vale ressaltar que é por causa dessa função que a Suprema Corte brasileira tem atuado cada vez mais como protagonista nas questões políticas e sociais de grande relevo no país. Por fim, impende destacar que, para Carlos Alexandre Azevedo Campos,<sup>20</sup> a situação atualmente vivida pelo STF trata-se de um dos “momentos constitucionais e infraconstitucionais de mais oportunidades formais para a judicialização da política e o ativismo judicial da história do Supremo Tribunal Federal”.

#### Ativismo no STF e suas críticas

Após a promulgação da Constituição de 1988, as decisões iniciais do Supremo Tribunal Federal foram marcadas pela autorrestrição. Nos primeiros anos, o Tribunal demonstrou redobrada cautela em seus julgados diante do novo cenário instaurado. Assim, a Suprema Corte brasileira respondeu, inicialmente, de forma lenta e gradual às mudanças geradas pela reafirmação democrática ocorrida no Brasil.

Contudo, em meados do ano 2000, a era do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal ganhou força e a autorrestrição foi perdendo espaço perante as decisões daquele tribunal. “É difícil precisar o momento exato dessa mudança, pois, como já dito, todo o processo foi gradual. A verdade é que, aos poucos, a Corte foi abandonando ortodoxias de autorrestrição judicial”.<sup>21</sup>

Frise-se que o ativismo no Supremo ganhou muito destaque em torno de dois campos distintos, porém, de extrema relevância na sociedade: a proble-

---

<sup>19</sup> SARMENTO, Daniel. *O papel contramajoritário do STF*. Disponível em: <<http://goo.gl/kaTILI>>. Acesso em: 21/07/2016.

<sup>20</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*.

<sup>21</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*.

mática de matérias políticas e das grandes questões morais e sociais contemporâneas. Assim, sobre a atuação cada vez mais ativista do STF, Lenio Streck manifesta-se:

Nos últimos anos, a atuação do Supremo Tribunal Federal tem ganhado cada vez mais destaque. Não apenas porque o número de demandas judiciais aumentou significativamente, caracterizando um cenário de intensa judicialização, mas também porque os temas levados a Plenário envolvem diretamente a atuação da cúpula dos demais Poderes. Em um curto intervalo de tempo, por exemplo, decidiu-se sobre o caso da “Lei da Ficha Limpa”, das uniões homoafetivas e dos direitos de reprodução (aborto de feto anencefálico e estudos com células-tronco embrionárias). Ou seja, em menos de dois anos, o STF julgou contendas paradigmáticas, diretamente ligadas ao interesse público. Em menos de dois anos e não apenas uma só vez, o STF ocupou um espaço que a Política – por assim dizer, o Parlamento – deveria ter aberto para uma ampla discussão democrática (e não o fez).<sup>22</sup>

No mesmo sentido, Oscar Vilhena Vieira se manifesta ao criticar o STF:

Além da proeminência do Supremo, enquanto arena de deliberação pública, é importante buscar demonstrar o quanto o Supremo tem se afastado do modelo tradicional de legislador negativo, imaginado por Kelsen, quando justificou a necessidade de cortes constitucionais no continente europeu, nas primeiras décadas do Século XX. Gostaria de destacar aqui dois casos que demonstram que o Supremo vem não apenas conferindo efeito legiferante a algumas de suas decisões, mas que esta atuação legislativa eventualmente tem hierarquia constitucional. Tanto no caso da fidelidade partidária, MS 26.603/DF, como no caso da Reclamação 4.335-5/Acre, referente à constitucionalidade da lei de crimes hediondos, o Supremo parece ter dado um passo na direção do exercício do poder constituinte reformador.<sup>23</sup>

De fato, por diversas vezes, questões políticas são trazidas para a apreciação do Judiciário, especialmente para o Supremo Tribunal Federal. Assim, incontestavelmente, a “positivação dos direitos fundamentais traz consigo a problemática do hipertrofiamento do Judiciário, atingindo temas que, originalmente, deveriam ser decididos por meio da regra majoritária”.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>23</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremacia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2. São Paulo, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/9RZxhS>>. Acesso em: 21/07/2016.

<sup>24</sup> PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81.

No que tange especificamente à problemática das políticas públicas, Larissa Godoy assevera que:

As grandes questões em jogo na formulação e implementação das políticas públicas são levadas aos tribunais com uma roupagem jurídica que naturalmente reduz a complexidade dos problemas públicos. Nesse momento, os juízes constitucionais tornam-se protagonistas no processo de *policy-making*, embora não detenham, necessariamente, de instrumentos mais democráticos de tomada de decisão.<sup>25</sup>

Destarte, o problema da legitimidade judicial para intervir em políticas públicas tem gerado intensa discussão no âmbito político e jurídico. Muitos são os argumentos contra a intervenção judicial em políticas públicas. Um deles é que a referida intervenção desrespeita a separação de poderes no momento em que o Poder Judiciário decide matérias atinentes ao Legislativo e ao Executivo. Outro argumento contrário encontra amparo em um alegado déficit democrático ligado ao intervencionismo judicial, em que os magistrados sobrepõem suas decisões sobre as escolhas dos representantes eleitos democraticamente:

Se “todo o poder emana do povo”, e este “o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), como justificar a atuação do magistrado, admitido nos quadros do Judiciário por meio de critérios burocráticos, revestido da prerrogativa de impugnar decisões políticas tomadas pelos representantes democraticamente eleitos? (...).<sup>26</sup>

Para os defensores desses argumentos, a “inexistência de efetivos meios de controle das decisões judiciais potencializaria o risco de uma ditadura do Judiciário”.<sup>27</sup> Outro forte argumento contra a interferência do Judiciário segue em torno da complexidade do processo realização de políticas públicas, pois o referido poder não possuiria capacidade técnica específica para decidir sobre questões envolvendo políticas públicas, “desalinhando todo um desenho estrutural realizado com base em critérios essencialmente técnicos”.<sup>28</sup>

### ANÁLISE DE CASO: ADPF N. 347

Conforme demonstrado, a efetivação de políticas públicas por meio do Poder Judiciário vem sofrendo críticas incisivas, principalmente no que diz

---

<sup>25</sup> GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas: o caso da demarcação dos territórios quilombolas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 366.

<sup>26</sup> PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade*, p. 81.

<sup>27</sup> PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade*, p. 81.

<sup>28</sup> PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade*, p. 71.

respeito ao risco de um governo de juízes. Em meio às críticas, o Supremo Tribunal Federal tem figurado como alvo preferencial de vários juristas, haja vista que sua atuação tem sido marcada por posturas que ratificam o uso de expressões como “supremocracia”. Exemplo emblemático de postura ativista muito criticada foi a recente decisão cautelar prolatada na ADPF n. 347, em que se declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) no sistema carcerário brasileiro.

Contudo, antes de analisar a decisão prolatada e as críticas lançadas em face do ECI no Brasil, é necessário explanar o conceito, o histórico e a caracterização desse instituto.

### **Estado de Coisas Inconstitucional: histórico, conceito e caracterização**

Em meados das décadas de 1980 e 1990, diversos países da América Latina foram protagonistas de grandes reformas constitucionais, fato que levou a consagração de uma gama de direitos fundamentais e sociais, juntamente com um consequente fortalecimento das cortes constitucionais. Diante desse novo cenário, a judicialização da política e o ativismo judicial ganharam destaque na proteção e na efetivação desses direitos. Dentre as cortes constitucionais latino-americanas, além do Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional Colombiana tem tido um notável destaque em sua atuação, principalmente no que diz respeito ao seu viés hiperativista.<sup>29</sup>

Complementando o posicionamento anteriormente exposto, Manuel José Cepeda-Espinosa<sup>30</sup> afirma que a doutrina colombiana “têm visivelmente permeado a prática e o discurso social em níveis imprevisíveis. Ademais, em tempos recentes, atores sociais e políticos tem gradualmente transferido à corte a solução de suas mais difíceis questões”. Assim, em razão de seu caráter ativista e de sua atuação criativa, a Corte Constitucional Colombiana tem tido expressivo destaque na doutrina constitucional internacional.

Uma das criações doutrinárias mais importantes realizadas pela Corte Constitucional Colombiana foi o Estado de Coisas Inconstitucional – ECI. O referido instituto teve grande importância para evidenciar as condições desumanas vividas pelos presidiários e migrantes colombianos. Segundo George Marmelstein Lima,<sup>31</sup> o conceito de ECI foi desenvolvido pela Corte Constitu-

---

<sup>29</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*.

<sup>30</sup> CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington Univ. Global Studies Law Review*, v. 3, 2004, p. 535. Disponível em: <<http://goo.gl/ubd0tj>>. Acesso em: 30/07/2016.

<sup>31</sup> LIMA, George Marmelstein. *O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?*, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/PqFRJI>>. Acesso em: 15/07/2016.

cional Colombiana no combate à violação massiva de direitos fundamentais e tem como objetivo estabelecer soluções estruturais para graves falhas e omissões do poder público em face de populações vulneráveis, requerendo que os órgãos responsáveis adotem medidas eficazes a fim de solucionar o problema. Marmelstein ainda observa que o ECI foi criado originalmente por razões de ordem processual, com o objetivo de “suprir a ausência de um mecanismo jurídico-processual coletivo ou mesmo abstrato de proteção dos direitos fundamentais”.<sup>32</sup>

Posteriormente, a emblemática *Sentencia T 153/98*, que versou sobre a superlotação e as péssimas condições estruturais do sistema penitenciário colombiano, mudaria radicalmente os contornos dados ao Estado de Coisas Inconstitucional. O referido instituto deixaria de ser apenas um mecanismo judicial coletivo para ser considerado um instrumento concretizador de soluções estruturais para situações de contínua inconstitucionalidade e violação de direitos fundamentais.

Vale destacar que a referida demanda denunciava circunstâncias de precariedade e constante violação de direitos humanos nas penitenciárias nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. Todavia, a Corte Constitucional Colombiana, ao apreciar a demanda, concluiu que o problema apresentava dimensões muito maiores e não se limitava somente aos presídios designados. Para a Corte, o sistema penitenciário colombiano, em sua totalidade, vivia um cenário de constante violação de direitos humanos.

Após a referida constatação, diversas diligências foram requeridas pela Corte Colombiana, objetivando um diagnóstico preciso sobre a situação carcerária do país. Outro não poderia ser o resultado se não a confirmação de uma incontestável violação da dignidade humana sofrida pelos presos colombianos. Assim sendo, a Corte Colombiana declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional nos presídios do país, bem como instituiu diversas imposições, tais como: a elaboração de um planejamento para a construção e reforma das unidades carcerárias; a deliberação pelo governo colombiano de recursos orçamentários a serem utilizados; a criação e manutenção de presídios próprios aos governadores e a realização de ações necessárias para a proteção dos direitos dos presidiários no país.

Contudo, a execução das ordens emanadas no *Sentencia T 153/98* pela Corte Constitucional Colombiana não foram efetivas, tanto é que em 2013 a supracitada Corte declarou, mais uma vez, um Estado de Coisas Inconstitucional em face do sistema carcerário colombiano. Frise-se que, segundo Carlos Alexandre

---

<sup>32</sup> LIMA, George Marmelstein. *O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?*

de Azevedo Campos,<sup>33</sup> uma das principais razões do fracasso da medida foi a falta de fiscalização na efetivação das ordens emanadas pela Corte.

Outro caso com expressiva repercussão, que também versou sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, foi o *Sentencia T 025/2004*, que tratava sobre a situação degradante vivida pelos migrantes internos da Colômbia obrigados a abandonar suas moradias em razão da violência ocasionada por conflitos armados. Neste passo, Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>34</sup> esclarece que a referida decisão proferida pela Corte Colombiana é a mais importante do gênero. No caso em comento, a Corte examinou 108 pedidos de tutelas feitos por 1.150 famílias deslocadas, sendo a maior parte dessa população formada por minorias étnicas, mulheres, menores e idosos. A título argumentativo, as famílias alegaram a inexistência de direitos básicos como educação, trabalho, moradia, saúde e educação. Após o julgamento da lide, a Corte Colombiana entendeu estarem presentes os principais critérios que caracterizavam o ECI.

Em face da decisão colombiana, e segundo Campos, pode-se afirmar que para caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional são necessários três pressupostos: a) a perpetuação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais; b) existência de uma falha estrutural que viole direitos fundamentais e que gere o agravamento da situação; c) necessidade de mudanças a serem efetivadas por uma pluralidade de órgãos por meio de novas políticas públicas, alocação de recursos etc.<sup>35</sup>

Conforme expõe o referido jurista, diferentemente da *Sentencia T 153/98*, a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional tratada no caso acima teve suma importância para a mudança da situação vivida pelos migrantes colombianos. Em sua concepção, a Corte Colombiana foi mais flexível em suas ações, na medida em que requereu uma solução para o problema, mas sem usurpar o papel das autoridades competentes ao impor a forma como aquela situação deveria ser solucionada. Vale ressaltar que, na fase de implementação das medidas, a Corte fiscalizou e dialogou com os demais poderes e com a sociedade sobre a adequação das ações adotadas. Para Campos,<sup>36</sup> os bons resultados obtidos foram fortemente influenciados pela flexibilidade da decisão e da utilização conjunta do ativismo judicial e dos diálogos institucionais implementados pela realização de audiências públicas periódicas e do acompanhamento das políticas públicas efetuadas.

---

<sup>33</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. *Portal Jota*, 4 maio 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/YR15R>>. Acesso em: 05/07/2016.

<sup>34</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 1 set. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/H3Uieu>>. Acesso em: 05/07/2016.

<sup>35</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.

<sup>36</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.

De fato, o ECI chamou atenção para o cenário crítico vivido pelos migrantes e prisioneiros colombianos, mas as decisões de ambos os casos trouxeram consequências distintas, uma se mostrou mais eficaz e a outra tivera pouquíssima repercussão prática. Conforme se infere, o Estado de Coisas Inconstitucional trouxe, por um lado, certos avanços e benefícios para a sociedade colombiana, contudo, não se mostra como solução eficaz e definitiva, haja vista que os problemas sociais aqui expostos ainda permeiam significativamente a sociedade colombiana. Em que pese o Estado de Coisas Inconstitucional seja um louvável instrumento no combate à violação de direitos fundamentais, o referido instituto vem recebendo diversas críticas de juristas brasileiros, principalmente após a decretação do ECI pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da medida cautelar requerida na ADPF n. 347.

### Breve resumo da decisão cautelar prolatada na ADPF n. 347

Em 27 de agosto de 2015, o STF iniciou o julgamento da Medida Cautelar pleiteada na ADPF n. 347 com relatoria do ministro Marco Aurélio. A referida ação foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) com o intuito de requerer ao STF o reconhecimento e a declaração da existência de um Estado de Coisas Inconstitucional em face do sistema prisional brasileiro. Além da declaração do ECI, foram pleiteadas medidas que ocasionavam uma interferência direta na implementação de políticas públicas, em escolhas orçamentárias e em questões de ordem processual penal, com o argumento de que tais ações viriam a minimizar a superlotação dos presídios e as condições desumanas do encarceramento.

Na referida ação, o PSOL argumentou que a superlotação e as condições degradantes dos presídios brasileiros não coadunam com os ditames constitucionais, pois diariamente são violados princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, e diversos direitos fundamentais são transgredidos, como por exemplo, a vedação à tortura e ao tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça, os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança física dos presos, entre outros.<sup>37</sup>

Além disso, o partido alegou também que a União estaria contingenciando os recursos do Fundo Penitenciário, pois não estava repassando aos estados; que o Poder Judiciário não estaria observando os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos em que se encontra assegurado o direito à audiência de custódia, bem como que as referidas medidas reduziriam a superlotação dos presídios brasileiros.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 21/06/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-136 DIVULG 29/06/2016 PUBLIC 30/06/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18/05/2016.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

Ao julgar a liminar requerida, os ministros do Supremo Tribunal resolveram, por maioria e nos termos do voto do ministro Marco Aurélio, determinar aos juízes e tribunais que realizassem audiências de custódia, em observância aos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no período de até noventa dias, possibilitando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Também foi deferido pela maioria dos ministros que a União se abstivesse de efetuar novos contingenciamentos e realizasse a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, de modo que sua utilização viesse a atender os fins para o qual foi criado.

Nesse contexto, é imprescindível destacar aos argumentos levantados pelo ministro Marco Aurélio sobre a problemática enraizada no sistema prisional brasileiro que, ao fundamentar sua decisão, abordou, por exemplo, a situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro, a violação de direitos fundamentais e o aumento da criminalidade, a responsabilidade do Poder Público e o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal. O referido ministro também asseverou que a situação vivida atualmente não é culpa exclusiva de um único Poder, mas sim dos três poderes e que também não deve ser atribuída responsabilidade do problema somente à União, mas a todos os demais entes, haja vista a inexistência de uma coordenação institucional. Quanto à atuação do STF, este ministro justificou o papel ativista exercido pelo Supremo Tribunal Federal em razão da patente transgressão à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, bem como asseverou que apenas a Suprema Corte seria capaz de combater os bloqueios políticos e institucionais que impedem a superação do problema.<sup>39</sup>

Após a prolação do julgado, diversos juristas consagrados se manifestaram a respeito da decisão cautelar prolatada na ADPF n. 347. Todavia, não houvera consenso entre as opiniões. De um lado, alguns aplaudiram e louvaram a referida decisão. De modo contrário, houveram os que criticaram de forma veemente a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Assim sendo, é necessário expor as críticas sobre a decisão prolatada na ADPF n. 347.

## **DAS CRÍTICAS PERANTE A DECISÃO CAUTELAR PROFERIDA NA ADPF N. 347**

Diversos são os questionamentos voltados contra o estabelecido pela Suprema Corte na ADPF n. 347, principalmente em relação à declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional e à intervenção demasiada do poder Judiciário em matéria de políticas públicas. Dentre os diversos argumentos levantados pelos juristas se destacam: a adoção de modo automático e inadequado das teses

---

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

doutrinárias estrangeiras em meio ao ordenamento jurídico pátrio; a possibilidade de uma futura banalização do ECI; a falta de efetividade do referido instituto para a resolução concreta dos problemas; a impossibilidade do Supremo Tribunal Federal poder declarar o ECI, haja vista que nosso ordenamento somente autoriza a declaração da inconstitucionalidade de normas; a existência de uma afronta à separação de poderes e de um ativismo judicial exacerbado na implementação de políticas públicas.

Entre os críticos mais ferrenhos aparecem Lenio Streck, Rafaelle de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo. Streck é conhecido perante a doutrina nacional e internacional como severo crítico ao ativismo judicial, principalmente quanto à atuação ativista do STF. Em relação à medida cautelar da ADPF n. 347, não poderia ter sido diferente, Lenio Streck<sup>40</sup> não poupou suas ferrenhas críticas à Suprema Corte brasileira. No site Consultor Jurídico, o jurista afirmou ser o ECI uma nova forma de ativismo judicial e que a própria tese desse instituto é tão abrangente que se torna difícil combatê-la. Para ele, o ponto central da discussão situa-se nas escolhas das políticas públicas, as quais não devem estar disponíveis ao Poder Judiciário, haja vista que não se pode efetivar um estado social com base em decisões judiciais.

Streck ainda manifestou seu receio quanto à banalização da utilização do Estado de Coisas Inconstitucional, alertando sobre o modo errôneo como esse instituto foi construído e quanto à impossibilidade de se declarar a existência de inconstitucionalidade sobre coisas:

(...) com a vênua da decisão do STF (ADPF n. 347) e dos que defendem a tese do ECI, permito-me dizer: o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica – vista de forma cindida – sob a qual elas incidem. Portanto, minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída. Receio pela banalização que ela pode provocar. Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou uma ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza-em-um-país-periférico. Uma espécie de realismo moral.<sup>41</sup>

Complementando seu posicionamento, Lenio Streck afirma também que:

(...) o ECI acarreta o risco (também) de ser utilizado para fins retóricos. Explico: não seria necessário lançar mão desse “argumento de teoria

---

<sup>40</sup> STRECK, Lenio Luiz. Observatório constitucional: estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 24 out. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/nTsuzB>>. Acesso em: 15/07/2016.

<sup>41</sup> STRECK, Lenio Luiz. Observatório constitucional: estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo.

colombiana” para tratar do que a legislação processual penal brasileira já prevê. Ora, na especificidade da questão penitenciária, o Poder Legislativo estabeleceu exigências para o uso republicano e destinação dos fundos penitenciários a cargo da administração judicial e do Departamento Penitenciário Nacional. São, portanto, exigências legais, estabelecidas pelo Poder Legislativo. E não pelo Poder Judiciário.<sup>42</sup>

Os argumentos levantados pelo jurista levam a alguns questionamentos sobre os limites de atuação do Poder Judiciário e, principalmente do STF: até que ponto o referido poder pode utilizar-se da criatividade, de uma postura ativista, para intervir em políticas públicas? O Judiciário está se tornando um superpoder perante o ordenamento jurídico brasileiro? Até que ponto a declaração do ECI é eficaz na resolução do problema do sistema carcerário no Brasil? A fim de responder tais questionamentos, cabe colacionar a manifestação do Juiz Federal George Marmelstein Lima acerca do Estado de Coisas Inconstitucional declarado pelo STF na ADPF n. 347:

Como se nota, o ECI é um instituto bastante ambicioso, já que, por meio dele, busca-se resolver pronta e eficazmente problemas complexos de natureza estrutural de largas proporções. A prudência, porém, nos recomenda a ser mais cauteloso quanto às possibilidades do instituto. Cautela aqui em dois sentidos. Em primeiro lugar, na própria definição do papel do Judiciário nesse processo. O modelo só faz sentido se o órgão judicial tiver plena consciência dos limites de sua atuação. O propósito do ECI não deve ser o de transformar o Judiciário em um superórgão responsável pela elaboração e execução de políticas públicas. Deve ser justamente o oposto disso, pois, nesse modelo, os juízes não exercem um papel de substituição, mas de mera supervisão ou acompanhamento de um projeto que foi planejado pelos entes responsáveis, dentro de suas respectivas esferas de competência. (Nesse ponto, pode-se criticar o pedido formulado na ADPF n. 347/DF, que, claramente, deturpa parcialmente o modelo, já que são apresentadas medidas concretas de solução que seriam, caso deferidas, impostas pelo Judiciário sem uma análise dos órgãos responsáveis). A segunda cautela é quanto à própria eficácia do instituto. Sem dúvida, o ECI não é o antídoto capaz de resolver todos os problemas da humanidade. Na verdade, ele é muito menos eficaz quanto se pensa. (...) Não se pode supervalorizar o papel do judiciário na implementação de soluções de largo alcance. O poder judicial tem uma capacidade limitada de fazer valer os direitos fundamentais, sobretudo quando estamos diante de decisões de alta magnitude, como a que determina o fim das violações dos direitos dos presos

---

<sup>42</sup> STRECK, Lenio Luiz. Observatório constitucional: estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo.

ou a efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais. (...) Além disso, mesmo que se reconheça um papel restritivo da função judicial no modelo de superação da ECI, é de que se questionar se o judiciário brasileiro tem estrutura para tanto.<sup>43</sup>

De fato, deve haver muita cautela quanto à utilização do instituto aqui abordado, tendo em conta que sua supervalorização pode revelar uma falsa prontidão no combate às violações de direitos fundamentais. Não se pode olvidar, ainda, dos riscos da intromissão do Poder Judiciário na seara das políticas públicas. Como bem ressaltou Marmelstein, o juiz não deve substituir o Poder Legislativo na execução de políticas públicas, mas apenas supervisioná-lo em sua atuação. Assim, não cabe ao Poder Judiciário interferir em escolhas políticas, usurpando o papel do Legislativo, sob pena de malferir o princípio da separação de poderes e originar um superpoder. Manifestando-se, nesse sentido, Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo trazem à discussão questionamentos intrigantes em torno do ECI:

Qual a competência de uma Corte Suprema para “compensar a incompetência” do sistema político? Ela pode compensar a inércia dos outros Poderes com sua competência ativa? Quem controlaria a correção jurídica do decreto (político) de ECI? Teria a Corte competência para compensar sua própria incompetência? O reconhecimento de um ECI é jurídico ou político? Que sanção prevê? Persistindo a inércia, o que faz a Corte? Determina a prisão dos inertes? Mas que ilicitude praticaram? Omissão? Indenizarão aos prejudicados? Ressarcidos os danos, a inércia subsistirá? (...). Num país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais.<sup>44</sup>

Indubitavelmente, muitas dúvidas ainda pairam sobre o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. Exportar uma teoria e aplicá-la em outro ordenamento jurídico não é uma tarefa tão simples. No caso do ECI, é necessário que sejam feitos esclarecimentos específicos no que diz respeito à sua natureza, competência, execução e consequências. Vale ressaltar que Giorgi, Faria e Campilongo ainda criticaram duramente os conceitos que fundamentam o instituto, caracterizando-os como paradoxais, principalmente no que diz respeito a sua utilização no combate de litígios estruturais.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> LIMA, George Marmelstein. *O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI*: apenas uma nova onda do verão constitucional?

<sup>44</sup> GIORGI, Raffaele; FÁRIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. *Estadão*, 19 set. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/s3uhyv>>. Acesso em: 16/07/2016.

<sup>45</sup> GIORGI, Raffaele; FÁRIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional.

Manifestando-se de modo mais ameno, mas também em tom crítico, José Ribas Vieira reconhece a potencialidade do instituto no combate às violações de direitos fundamentais, porém, acredita que o Estado de Coisas Inconstitucional não foi tratado nem pelos autores da ação, nem pelos ministros do STF, conforme concebido pela Corte Constitucional Colombiana, considerando-se que, na decisão cautelar em comento, não foram estabelecidos mecanismos de participação deliberativa, de monitoramento e controle social, instrumentos imprescindíveis para a efetividade do ECI segundo o jurista. Frise-se que Ribas Vieira classificou a decisão da Suprema Corte como “mandatória e monológica”.<sup>46</sup>

Especificamente quanto à determinação sobre a liberação da verba contida no Fundo Penitenciário Nacional, o jornalista Felipe Recondo<sup>47</sup> assevera que a liberação do fundo não é a solução no combate ao ECI, pois é necessária vontade política dos governadores para efetivar as mudanças necessárias nos presídios do Brasil. Contudo, essa vontade e compromisso político não foram mostrados até o momento.

Infelizmente, ainda hoje o cenário degradante dos presídios ainda perdura. Mesmo após a declaração da existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, da determinação do descontingenciamento do fundo penitenciário e da realização das audiências de custódias, nada mudou. Apesar de o tempo decorrido não ter sido suficiente para efetivar a mudança esperada no sistema penitenciário brasileiro, observa-se, contudo, que a decisão do STF também não apresenta concreta efetividade.

Ao analisar os pedidos deferidos na ADPF n. 347, percebe-se que nem mesmo a realização das audiências de custódia tem tido o resultado efetivamente esperado. No âmbito estadual, os problemas na realização das audiências de custódia são imensos, principalmente quanto ao descumprimento de prazo de 24 horas para a sua realização. Frise-se que não se quer aqui desprezar ou questionar a importância dessa medida para ordenamento jurídico brasileiro, contudo, em muitos estados não há estrutura suficiente para a execução das referidas audiências. Exemplo disso é o Estado do Ceará, no qual uma audiência de custódia tem demorado em média 20 dias para ocorrer, conforme publicado pelo jornal O Povo:

O projeto Audiências de Custódia, lançado há três meses em Fortaleza, estabelece que as pessoas presas em flagrante na Capital fiquem frente a frente com um juiz em, no máximo, 24 horas. O prazo, entretanto,

---

<sup>46</sup> VIEIRA, José Ribas. Estado de coisas fora do lugar? *Portal Jota*, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/1VGA3>>. Acesso em: 17/07/2016.

<sup>47</sup> RECONDO, Felipe. Por que liberar o Funpen não é a solução? *Portal Jota*, 18 set. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/ZGF1E>>. Acesso em: 21/07/2016.

não está sendo cumprido. Segundo magistrados que atuam nas varas responsáveis, os suspeitos estão aguardando entre 15 e 20 dias pela realização das sessões.<sup>48</sup>

Vale ressaltar, ainda, que em entrevista concedida ao blog do repórter Frederico Vasconcelos, do jornal Folha de São Paulo, o juiz Joarez Rusch, da comarca de Lages, interior de Santa Catarina, salientou a falta de estrutura das pequenas comarcas para efetivação das audiências de custódia e a ausência de efetividade prática da medida em sua concepção:

**Juiz Joarez Rusch** – As pequenas Comarcas não possuem a mínima estrutura, tanto de pessoal, não somente do Judiciário, mas de Agentes para condução do preso, pessoal para segurança e mesmo Defensores, como física, para a realização da audiência de uma forma efetiva e segura. (...) Não vejo grandes resultados, em qualquer direção, com a implantação da dita audiência, salvo, negativamente, o evidente aumento de custo.<sup>49</sup>

Conforme exposto, mesmo com a decisão em caráter liminar prolatada na ADPF n. 347, as determinações do Supremo Tribunal Federal tem tido pouca efetividade. Notoriamente, ainda há um grande caminho a ser percorrido no combate à condição desumana instalada nos presídios brasileiros. Em que pese a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional tenha servido para chamar a atenção da sociedade sobre a situação insustentável vivida pelos presidiários no Brasil, percebe-se que talvez as determinações do STF e a declaração do ECI não tenham sido o melhor caminho no combate ao problema.

## SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: SUPEREGO DA SOCIEDADE?

A partir do século XX, o fenômeno do constitucionalismo ganhou grande importância no cenário mundial, fato que ocasionou mudanças profundas nas funções exercidas pelo Poder Judiciário em diversos países, inclusive no Brasil. O referido poder deixou de ser a mera boca da lei para ser protagonista em decisões importantes relacionadas a questões sociais, ganhando força e destaque em sua atuação.

É importante salientar que esse crescimento do Poder Judiciário também esteve presente no constitucionalismo alemão, sendo analisado pela professora Ingeborg Maus em sua obra intitulada *O Judiciário como superego da sociedade*

<sup>48</sup> O POVO. *Presos chegam a esperar 20 dias por audiência de custódia*. Fortaleza, 2 dez. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/xfSF9a>>. Acesso em: 02/07/2016.

<sup>49</sup> RUSCH, Joarez. *Audiência de custódia: prós e contras*. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 ago. 2015. Entrevista concedida a Frederico Vasconcelos. Disponível em: <<http://goo.gl/JzYviL>>. Acesso em: 21/07/2016.

*orfã*. Maus, utilizando-se de conceitos de psicologia e fazendo uma analogia à figura do pai que representa o superego do filho, destaca em sua obra que as instituições políticas da Alemanha eram responsáveis por organizar a sociedade, todavia, com a instalação de uma crise democrática e da desconfiança em relação às referidas instituições, a sociedade alemã sentiu-se “órfã”, passando a necessitar de um novo “pai” para gerir as demandas sociais. Dessarte, o novo superego da sociedade passaria a ser o Judiciário.

Em sua obra a autora faz críticas ao Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, principalmente em relação à sua atuação, pois, em sua concepção, por diversas vezes, aquele Tribunal age como verdadeiro parlamento ou última instância da definição de todos os valores de uma sociedade.<sup>50</sup> Neste passo, cabe colacionar parte da análise-crítica de Maus sobre a atuação do Poder Judiciário:

A ascensão da Justiça a última instância de consciência da sociedade é acompanhada, em alguns ramos dos Tribunais, por um método de aplicação do Direito que frente às representações de Montesquieu não somente as corrige em seus momentos ilusórios, como as inverte detalhadamente. (...) Nas teorias atuais da metodologia jurídica predominantes o condicionamento legal-normativo da Justiça quase que desaparece sob o peso de orientações teleológicas, analógicas, tipológicas, ou procedimentos tópicos, finalísticos, eficacionais, valorativos, bem como a própria escolha pelo juiz do “método adequado” entre as concepções concorrentes.<sup>51</sup>

Voltando ao cenário jurídico nacional, pode-se afirmar que o Poder Judiciário brasileiro tem se utilizado cada vez mais do ativismo judicial em decisões de especial relevo para a sociedade, proferindo, por muitas vezes, a última palavra até mesmo em questões essencialmente políticas. Todavia, é necessário que este crescimento do Poder Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, venha acompanhado de limitações, haja vista o risco de abusos e da instalação de um superpoder.

Incontestavelmente, cada vez mais questões que deveriam ser decididas pelos Poderes Executivo e Legislativo são levadas ao Poder Judiciário. A inércia desses poderes tem contribuindo de forma considerável para o fortalecimento exacerbado do Supremo Tribunal Federal, tendo em conta que o referido órgão é o competente para proferir última palavra nas demandas levadas ao Judiciário. Assim, nesse sentido, tem se manifestado Lenio Streck ao criticar o fortalecimento excessivo da Suprema Corte no Brasil:

---

<sup>50</sup> MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 183-202.

<sup>51</sup> MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*, p. 193.

Legislativo *versus* Executivo. Para onde vai esse tensionamento? Para o Poder Judiciário, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal. Assim, mais tensões, mais demandas ao STF; mais forte este fica. Inércia do Executivo? Demandas que vão ao Judiciário lato sensu, que, assim, fica mais forte. Inércia do Legislativo? Idem. E o Judiciário se fortalece dia a dia. Não há Judiciário mais poderoso no mundo do que o do Brasil.<sup>52</sup>

Neste passo, interessante salientar o entendimento de Antonie Garapon, trazido por STRECK, TASSINARI e LEPPER, que, em 1996, já classificava o Poder Judiciário como “guardador de promessas”:

Antoine Garapon, já em 1996, tratava do Poder Judiciário como “o guardador de promessas”. Logo nas primeiras páginas de seu texto, Garapon afirma que, na atual conjuntura, “nada mais pode escapar ao controle do juiz” (...). Nesse sentido, Garapon afirma que a atuação jurisdicional é acentuada de tal forma que os juízes passam a ser considerados como “últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada por seus antigos titulares”. Assim, para o autor, à noção de ativismo judicial e de governo de juízes subjaz uma tentativa de redenção, pela qual o juiz torna-se, inclusive, árbitro dos bons costumes.<sup>53</sup>

Coincidentemente ou não, as críticas lançadas por Maus ao Tribunal Constitucional Alemão se adequam perfeitamente à situação vivida pelo Brasil. Atualmente, a sociedade brasileira se encontra carente de representatividade e desiludida politicamente, contudo, tem visto no Judiciário um herói infalível no combate a todos os males sociais. Destaque-se que cada vez mais a atuação de juízes e de ministros do Supremo Tribunal Federal tem sido notícia nas páginas dos jornais brasileiros. Não raramente, juízes e ministros do STF tem sido considerados super-heróis da nação. Exemplos emblemáticos disso são o juiz Sergio Moro e o ex-ministro do STF Joaquim Barbosa, ambos enaltecidos pela sociedade por suas atuações no combate à corrupção.

Nesse contexto, é de se notar que o Poder Judiciário brasileiro está seguindo o caminho da primazia da jurisdição constitucional em detrimento da supremacia da lei. A crescente hipertrofia e a adoção de uma postura cada vez mais ativista do Supremo Tribunal Federal tem feito jus ao termo supremocracia criado por Oscar Vilhena Vieira.

<sup>52</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Supremo, o contramajoritarismo e o “pomo de ouro”. *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 12 jul. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/AQdd82>>. Acesso em: 22/07/2016.

<sup>53</sup> STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, número especial, p. 51-57, 2015, p. 57.

Por oportuno, é necessário salientar que a reflexão trazida por esse trabalho é no sentido de chamar a atenção para os excessos nas intervenções do Poder Judiciário, principalmente no que tange à atuação do Supremo Tribunal Federal no contexto das políticas públicas, bem como demonstrar a necessidade de conter tais excessos sob pena de criar-se um superpoder Judiciário.

Assim, em face de todo o exposto, mostra-se extremamente necessário uma maior autocontenção por parte do Poder Judiciário, principalmente em relação à sua atuação perante as questões políticas. Também se mostra relevante a utilização de diálogos institucionais, haja vista que a pluralidade gerada por esses diálogos tende a enriquecer o debate entre poderes, tornando-o mais amplo e democrático, de forma a contribuir para o equilíbrio entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A constante omissão do Legislativo e Executivo tem ocasionado uma crescente judicialização de questões políticas no Brasil e, conseqüentemente, o aumento de decisões ativistas por parte dos magistrados. Contudo, essa expansão de julgados ativistas tem gerado um importante debate acerca dos limites da interferência do Poder Judiciário em escolhas políticas.

Nesse contexto, é necessário ressaltar que o Supremo Tribunal Federal tem sido protagonista perante as críticas em torno do ativismo judicial. Por ser a última instância do Poder Judiciário, a Suprema Corte tem decidido de forma criativa e ativista questões de suma importância para a sociedade. Exemplo de recente julgado duramente criticado pela doutrina, foi a decisão cautelar prolatada na ADPF n. 347, que declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional diante do sistema prisional brasileiro, além de determinar medidas que intervinham diretamente nas escolhas políticas do Poder Executivo e do Legislativo.

Assim, em meio ao debate, muitas dúvidas surgiram por conta da declaração da existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, tais como: até que ponto o Judiciário pode utilizar-se da criatividade, de uma postura ativista, para intervir em políticas públicas? O Judiciário está se tornando um superpoder perante o ordenamento jurídico brasileiro? Até que ponto a declaração do ECI é eficaz na resolução do problema do sistema carcerário no Brasil?

De fato, muitos são os questionamentos apresentados pela decisão cautelar da ADPF n. 347, contudo, é necessário que o Judiciário tenha cuidado, devendo fazer uso de uma maior autocontenção em decisões envolvendo questões políticas para que não usurpe o papel exercido pelos demais poderes. Vale ressaltar que não se pode concretizar um estado social pelas decisões judiciais e que o Judiciário, principalmente o STF, deve ter consciência de seu papel como órgão de supervisão e fiscalização na implementação de políticas públicas.

Frise-se que o ECI se revela como instituto ambicioso no combate às violações de direitos fundamentais. Todavia, sua real eficácia não tem sido comprovada, haja vista que, ainda hoje, tanto na Colômbia como no Brasil, os problemas de ambos os sistemas penitenciários ainda estão presentes. Infelizmente, o Estado de Coisas Inconstitucional apenas tem servido para chamar a atenção da sociedade para a situação degradante e calamitosa das penitenciárias do país, considerando-se que os demais comandos decisórios prolatados na ADPF n. 347 não tem se mostrado realmente efetivos. Assim, como se percebe, o ECI não pode ser concebido como instrumento apto para a resolução definitiva dos grandes problemas sociais.

É necessário reconhecer a limitação estrutural do Judiciário para decisões de largo alcance como a prolatada em face da ADPF n. 347, já que a capacidade desse poder para efetivar direitos fundamentais não é infinita. Mesmo decisões bem fundamentadas, poderão se tornar meros mandamentos estabelecidos em uma folha de papel caso não haja o compromisso em fazer valer o direito requerido. Inegavelmente, a luta contra a violação de direitos fundamentais vai muito além de mero voluntarismo judicial.

Comumente se tem visto a aclamação de juízes e ministros como heróis do povo no combate aos males sociais do país. A existência de uma sociedade descrente em seus gestores e em seus representantes políticos tem contribuído consideravelmente para o fortalecimento do Judiciário e da crença social de que, somente pela atuação dos magistrados, a ineficiência dos demais poderes será efetivamente suprida.

É nesse contexto que se encaixa perfeitamente a teoria trazida por Ingeborg Maus ao caracterizar o Poder Judiciário como superego de uma sociedade órfã. A autora faz em sua obra uma análise sobre o papel exercido pela Corte Constitucional Alemã, bem como critica o referido tribunal por atuar como verdadeiro parlamento ou última instância da definição de todos os valores de uma sociedade. Maus, ao fazer uma analogia à figura do pai que representa o superego do filho, destaca que em razão da instalação de uma crise democrática e da desconfiança em relação às instituições políticas, a sociedade alemã sentiu-se “órfã”, passando a necessitar de um novo “pai” para gerir as demandas sociais, o qual viria ser o Judiciário.

A tese de Maus se adequa completamente à realidade brasileira, já que o Judiciário, por meio da atuação de juízes e ministros do Supremo Tribunal Federal, tem sido considerado a última esperança da sociedade em face da ineficiência dos poderes Executivo e Legislativo. De fato, a sociedade brasileira se encontra órfã de representatividade, vendo no Judiciário, em especial no Supremo tribunal Federal, seu superego na representação dos valores sociais.

Sendo assim, tem se mostrado imprescindível para harmonização e atuação adequada dos poderes uma maior autocontenção por parte do Judiciário, espe-

cialmente no que se refere à sua intromissão em políticas públicas. Do mesmo modo, se faz necessária a utilização de diálogos institucionais para consolidar e fortalecer o equilíbrio entre os poderes.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275-290.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 4. ed., jan. 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/hRs5sP>>. Acesso em: 16/05/2016.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/jbBH0U>>. Acesso em: 15/05/2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. *Portal Jota*, 4 maio 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/YR15R>>. Acesso em: 05/07/2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 1 set. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/H3Uieu>>. Acesso em: 05/07/2016.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington Univ. Global Studies Law Review*, v. 3, 2004, p. 535. Disponível em: <<http://goo.gl/ubd0tJ>>. Acesso em: 30/07/2016.

GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. *Estadão*, 19 set. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/s3uhyv>>. Acesso em: 16/07/2016.

GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas: o caso da demarcação dos territórios quilombolas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 361-373.

LIMA, George Marmelstein. *O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?*, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/PqFRjI>>. Acesso em: 15/07/2016.

MARTINS, Ives Gandra Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10/11/1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo, n. 58, nov. 2000.

O POVO. *Presos chegam a esperar 20 dias por audiência de custódia*. Fortaleza, 2 dez. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/xfSF9a>>. Acesso em: 02/07/2016.

PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RECONDO, Felipe. Por que liberar o Funpen não é a solução? *Portal Jota*, 18 set. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/ZGF1E>>. Acesso em: 21/07/2016.

RUSCH, Joarez. Audiência de custódia: prós e contras. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 ago. 2015. Entrevista concedida a Frederico Vasconcelos. Disponível em: <<http://goo.gl/JzYviL>>. Acesso em: 21/07/2016.

SARMENTO, Daniel. *O papel contramajoritário do STF*. Disponível em: <<http://goo.gl/kaT1L1>>. Acesso em: 21/07/2016.

SILVEIRA, Daniel Barile da. *O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números? *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/6AONHD>>. Acesso em: 15/07/2016.

STRECK, Lenio Luiz. Observatório constitucional: Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 24 out. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/nTsuzB>>. Acesso em: 15/07/2016.

STRECK, Lenio Luiz. O Supremo, o contramajoritarismo e o “pomo de ouro”. *Portal Consultor Jurídico*. Brasília, 12 jul. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/AQdd82>>. Acesso em: 22/07/2016.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, número especial, p. 51-61, 2015.

VIEIRA, José Ribas. Estado de coisas fora do lugar? *Portal Jota*, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/1VGA3>>. Acesso em: 17/07/2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremacia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/9RZxhS>>. Acesso em: 21/07/2016.

Data de recebimento: 03/10/2016

Data de aprovação: 18/10/2016