

Juristocracia brasileira: um estudo de caso sobre a ADPF 347

Brazilian juristocracy: a case study on ADPF 347

Ana Luiza Campos Barcelos ¹ , André Rubião ² 

Autor correspondente:

Ana Luiza Campos Barcelos

E-mail:

ana.campos.barcelos@gmail.com

Declaração de interesses: Os autores certificam que não possuem implicação comercial ou associativa que represente conflito de interesses em relação ao manuscrito.

Authors' Contributions:

- ^{1, 2, 3} Conceptualization
- ^{1, 2, 3} Data collect
- ^{1, 2, 3} Analysis
- ^{1, 2, 3} Writing and Editing

Com a expansão do poder dos intérpretes no atual cenário brasileiro, a atuação judicial passa a tomar contornos políticos que usurpam os papéis dos demais poderes. A Constituição Democrática de 1988 e sua força normativa se torna instrumento justificador da discricionariedade judicial. A partir do notório artifício de utilização do texto constitucional vive-se na era da Juristocracia, como bem destaca Ran Hirschl. O objetivo do presente artigo é lançar um olhar crítico sobre a crise democrática vivenciada pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, a partir do agigantamento da atuação do Poder Judiciário, tendo como base a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 e o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Palavras-chave: Juristocracia, Estado Democrático de Direito, ADPF 347, Discricionariedade judicial.

With the expansion of the power of interpreters in the current Brazilian scenario, judicial action starts to take political outlines usurping the roles of other powers. The 1988 Democratic Constitution and its normative force becomes an instrument that justifies judicial discretion. From the notorious artifice of using the constitutional text, we live in the era of Juristocracy, as the Ran Hirschl points out. The purpose of this article is to take a critical look at the democratic crisis experienced by the Brazilian Democratic State of Law from the heightened role of the Judiciary performance of the Federal Supreme Court in ADPF 347 from the recognition of the Unconstitutional State of Things.

Keywords: Juristocracy, Democratic Rule of Law, ADPF 347, Judicial discretion.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi elaborada em um período de redemocratização do país. É um produto do seu tempo. Buscou romper com a ideia do positivismo jurídico e reconheceu a força normativa dos princípios jurídicos (HESSE, 1991). Assim, reproduziu características inspiradas em modelos constitucionais contemporâneos, como o pós-positivismo e, principalmente, pelo denominado neoconstitucionalismo.

¹ Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais, Faculdade Milton Campos.

² Coordenador da Pós-Graduação Stricto Sensu Direito nas Relações Econômicas e Sociais, Faculdade Milton Campos.

Esse fenômeno denominado neoconstitucionalismo teve seu início no segundo pós-guerra e se difundiu pelas novas constituições europeias que dali emergiram, ganhando grande aplicação nas constituições de países emergentes. Eram documentos de elevado cunho axiológico que demonstravam a tendência social adotada pela sociedade que ela disciplinava. Marcadas por seu conteúdo aberto e, por muitas vezes, indeterminado, e ainda, aliado ao advento do Estado Democrático de Direito, o Estado passou a exercer um papel de incorporador de direitos fundamentais, exigindo assim um reposicionamento quando a tutela de direitos.

Tendo a questão penitenciária como plano de fundo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF 347, ao reconhecer o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”, no âmbito do sistema prisional, determinou medidas a serem executadas tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Legislativo. Atuou o Supremo Tribunal Federal como verdadeiro administrador das mazelas sociais. A figura do julgador e a ausência de atuação executiva ou legislativa a garantir os direitos fundamentais nesse âmbito evidenciou uma atividade criativa que extrapola atividade típica do Poder Judiciário.

Julgar, nesse novo contexto, exige a extrapolação da função jurisdicional, atingindo um comportamento legiferante. As linhas que demarcavam a função jurisdicional por muito se misturaram com a função legislativa, chegando a confundir-se também com a função administrativa. O Poder Judiciário ganhou importância política, sendo inclusive palanque para reeleições e tendências eleitorais marcantes. Aquele que pronuncia as palavras da lei passou a integrar a realidade de uma sociedade ao decidir sobre questões relevantes e polêmicas, muitas vezes em detrimento da lacuna legislativa e da omissão do executivo.

Com esse deslocamento de poder das instituições representativas para a judicial, consolida-se a formação de um governo de juízes, denominado pelo cientista político canadense Ran Hirschl como juristocracia. Essa juristocracia evidenciou a elevação da posição dos juízes diante de um desenho institucional do Estado contemporâneo, houve um empoderamento do Judiciário através da Constituição nacional. A separação dos poderes pareceu admitir a quebra dos limites rígidos que estabeleciam uma atuação pontual do Poder Judiciário. Em nome dos direitos fundamentais e da centralidade da norma constitucional, o Magistrado tem sob a sua argumentação um poder que afasta ou amplia a aplicação de uma lei dando novos contornos ao caso e remodelando a estrutura de poderes nacional.

Diante desse contexto, o presente trabalho, através do método de abordagem dedutivo, visa realizar uma análise crítica da realidade jurisdicional brasileira, através de procedimento bibliográfico e documental, realizado através de revisão de literatura sobre o tema e coleta de dados indiretos (Souza, 2020), com o objetivo de contribuir para um enfoque jurídico-sociológico da crise que o Estado Democrático de Direito enfrenta quando se depara com a realidade da juristocracia brasileira. Para tanto, adota-se como referencial teórico o fortalecimento político do Poder Judiciário e o governo dos juízes de Ran Hirschl (Hirschl, 2020).

O tema proposto é atual e relevante, considerando que a construção do Estado Democrático de Direito, principalmente no contexto do Estado brasileiro, impõe ao Poder Judiciário um novo atuar forte e politicamente ativo.

O desenvolvimento do trabalho será realizado em quatro seções. Na primeira seção, analisar-se-á algumas características próprias da Constituição Federal de 1988, enquanto texto constitucional que estatuiu o Estado Democrático de Direito no ordenamento jurídico brasileiro. Será abordada, na segunda seção, os contornos legais e práticos que permitiram a discricionariedade judicial na realidade brasileira. Na terceira seção, analisar-se-á atuação de um Poder Judiciário forte, ativista e intrometido na esfera executiva pelo julgamento inicial da ADPF 347 e como a intromissão do Judiciário para efetivar políticas públicas ocorreu no cenário brasileiro. Por fim, resgatar-se-á os contornos que levaram a possibilidade dessa atuação política do Poder Judiciário, bem como determinar a sua razão na concepção de Ran Hirschl (HIRSCHL, 2020). Ao final, sem a pretensão de exaurir o tema, quer-se apresentar a crise democrática vivenciada pelo Estado Democrático de Direito, a partir do agigantamento da atuação do Poder Judiciário.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O SEU ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito ultrapassa a formulação do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito. Seu núcleo fundamental está centrado na “incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade” representa a vontade constitucional para a realização do Estado Social (STRECK, 2000, p. 37).

Um Estado Democrático de Direito busca institucionalizar o poder popular. Karl Loewenstein define como principal aspecto desse Estado Democrático de Direito a submissão do controle do poder político ao povo em razão da distribuição e dos mecanismos institucionais que apurem e efetivem a vontade do povo nas decisões políticas fundamentais do Estado (Loewenstein, 1976, p.152). Concilia uma democracia representativa, pluralista e livre, com a participação efetiva dos cidadãos. A Constituição seria a formalização da ordem fundamental da sociedade estatal. Por meio do texto constitucional rígido, legítimo e dotado de supremacia, vincula a atuação dos Poderes por ela instituídos e estabelece um sistema de garantia dos direitos humanos, em todas as suas expressões.

O texto constitucional de 1988, por ser um produto do seu tempo, trouxe em sua base o ideal de superação do positivismo jurídico clássico. Seguindo as tendências neoconstitucionais, percebe-se a aproximação entre o Direito e a Moral, além da normatização dos princípios jurídicos.

Nesse sentido, cumpre destacar a divergência doutrinária existente quanto ao conceito de princípio e sua possível função como suprimento das lacunas legislativas.

Humberto Dalla Bernadina de Pinho considera os princípios como valores expostos do ordenamento jurídico que representam “o polo legitimador da dogmática jurídica em um Estado Democrático de Direito, pois traduzem a essência, a razão última, enfim, os valores que inspiram um dado ordenamento” (PINHO, 2012). Seriam os princípios verdadeiros preceitos históricos-democráticos do sistema jurídico aos quais estão inseridos. Nos dizeres de Alexy (1993), seriam na verdade mandamentos de otimização que exigiriam sua realização ampla diante das possibilidades fáticas e sistêmicas. Seriam marcos importantes da formação da institucionalização do direito.

O pensamento jurídico contemporâneo reconhece aos princípios jurídicos um status conceitual e positivo de norma jurídica. Desse modo, os princípios são positivados e vinculativos, possuindo “eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas” (Espíndola, 1998, p. 55).

Ocorre que se vislumbra no cenário do ordenamento jurídico brasileiro uma profusão de princípios que acarreta um enfraquecimento da autonomia do direito. Nas palavras de Lenio Streck, estaria evidenciado o fenômeno do “panprincipiologismo”, uma vez que

na ausência de ‘leis apropriadas’ (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete ‘deve’ lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo (Streck, 2012, p.493).

A Constituição Federal de 1988, por essa nova base teórica, que apresenta uma indeterminação do conteúdo normativo em razão da vasta gama de princípios constitucionais, subsidia a ampliação do poder do intérprete. Essa necessidade de interpretação permite a atuação de diversos agentes sociais, gerando o que Peter Häberle denomina de sociedade aberta dos intérpretes. A partir de sua visão republicana e democrática da interpretação do texto constitucional, o autor entende que no

processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (Häberle, 2002, p.13).

Era necessária uma virada hermenêutica radical ao passo que era preciso abandonar um modelo de interpretação fechada na figura do juiz, para a adoção de uma interpretação que permitisse aos membros da sociedade política fundamentar diretamente os seus direitos e deveres na Constituição (Canotilho, 1991, p. 208).

Ocorre que essa concepção democrática de Häberle não foi efetivamente aplicada na realidade jurídica e política do Brasil. Circunstâncias como a deficiência da prestação do Poder Executivo em geral fomentam o processo de excessiva judicialização. Além disso, os membros do Poder Legislativo se valem de normas de conteúdo jurídico indeterminado

que inviabilizam uma aplicação imediata, demandando ao Poder Judiciário que decida de modo a adaptar a norma ao caso.

Ao julgador, responsável pela decisão judicial, cabe o zelo pela harmonia entre a intenção do texto normativo e os princípios que permeiam todo o ordenamento jurídico. Contudo, a realidade assoberbada de processos que demandam sua atuação efetiva ocasiona um atuar imediatista, aquém da técnica e parcialidade obrigatória, com extensa judicialização. Perante essa cultura da judicialização na sociedade pátria, o decisionismo encontra terreno fértil, acabando por transformar a função jurisdicional em um agir na superfície da hermenêutica, em uma tarefa puramente mecanizada.

A função do juiz como intérprete e aplicador da lei exige dele uma atuação prática inteligível que possibilite tornar o texto legal aplicável a realidade da história julgada, precisando por vezes suprir lacunas legislativas. Assim, o Poder Judiciário constantemente se vê alçado ao papel de um legislador indireto, ao qual cabe a definição do alcance do texto legal.

A partir dessa necessidade de atuação, ao julgador é possibilitado um agir criativo diante da inviabilidade de aplicação pura e simples do texto legal. Esse agir criativo culmina na extensão de princípios e de fundamentos capazes de viabilizar os valores morais que não são assimilados no ordenamento jurídico brasileiro, mas que demonstram o subjetivismo e a particularidade daquele que julga. Assim, utilizando da justificativa de abertura hermenêutica e de fundamentos principiológicos, o desenvolvimento das decisões judiciais como imperativo de arbitrariedade afasta a realidade do paradigma do Estado Democrático de Direito. Seria a abertura interpretativa, propiciada por essa abundância de princípios, a ferida na autonomia do Direito na medida em que a descriteriosa utilização dos princípios em conjunto com a livre vontade do julgador propulsiona discricionariedades.

AMPLITUDE DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

As Constituições liberais marcaram o final do século XVIII. Em razão da Revolução Francesa e da independência dos Estados Unidos da América, os documentos buscavam organizar a estrutura e funcionamento a partir da recente necessidade de limitar o poder do Estado e proteger direitos fundamentais.

Os processos revolucionários a partir do início do século XX passaram a exigir a formação de uma base de justiça e valorização do trabalho – garantindo um constitucionalismo social que acolhesse “os direitos de segunda dimensão (sociais, econômicos e culturais) que se realizam por meio da atuação estatal e que intentam a realização da igualdade material e da justiça social” (Rossi, 2011, p.149).

Constituições como a de Weimar e a do México de 1917 alçaram o constitucionalismo social para novos ares e se consolidaram com a adoção de políticas keynesianas voltadas a um Estado Social. No âmbito nacional, a redemocratização brasileira e o texto constitucional de 1988 também expressaram essa preocupação social

com direitos individuais e coletivos, tornando-se marcos jurídicos de diversas relações socioeconômicas.

Tanto a constituição como os textos infraconstitucionais brasileiros demonstraram o caráter analítico e prolixo do ordenamento jurídico nacional, aumentando drasticamente o arcabouço jurídico. Contudo, mesmo diante de uma enormidade de direitos garantidos e de uma extensa regulamentação, em qualquer sistema jurídico, haverá casos não regulamentados juridicamente, casos esses que o direito não poderá fundamentar uma decisão em nenhum sentido. Seria esses casos a demonstração do direito como um sistema parcialmente indeterminado ou incompleto (Hart, 2009, p. 351).

Diante de um Direito incompleto, sobre o qual a regulamentação jurídica não abarca determinada situação, reconhece-se a existência de limites do Direito. O reconhecimento de limites impostos ao Direito escancara duas constatações de Herbert Hart:

todos os sistemas conciliam, de modos diferentes, duas necessidades sociais: a necessidade de certas normas que os indivíduos particulares possam aplicar a si próprios, em grandes áreas do comportamento, sem nova orientação oficial e sem considerar questões sociais; e a de deixar em aberto, para serem posteriormente resolvidos por meio de uma escolha oficial e bem informada, problemas que só podem ser adequadamente avaliados e solucionados quando ocorrem em um caso concreto (Hart, 2009, p. 169).

Um Estado Democrático de Direito, estruturado nas convicções do *welfare state*, busca efetivar os direitos que amplamente garante por meio dessa “escolha oficial bem informada”, defendendo uma atuação ativa das funções de governo, administrativa e legislativa.

Somente é Estado de Direito Democrático aquele em que as entidades e órgãos responsáveis pelo exercício do poder político, nos limites de sua competência, submetem-se a recíprocos controles com vistas a atuação tanto quanto possível harmônica, sem prejuízo de sua autonomia (ausência de vínculos hierárquicos (Alcalá-Zamora Y Castillo, 2000, p.53).

Nesse ponto, vislumbra-se o problema enfrentado nesse artigo. A mudança ocorrida no texto constitucional e toda transformação da racionalidade do ordenamento jurídico exigiu do aplicador do direito e daqueles responsáveis pela garantia de direitos a habilidade de reestruturar o sistema de tutela desses direitos. Incapaz de cumprir a nova estratificação de direito abarcados pelo constituinte de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro se vê obrigado a reestruturar a atuação de todo o sistema político e jurídico.

Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira,

a enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. (...) Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição (Vieira, 2008, p. 04-05)

Diante de promessas não cumpridas e direitos juridicamente não efetivados, o cidadão se viu obrigado e necessitado a exigir a atuação desses entes específicos por meio da jurisdição constitucional. O Poder Judiciário ao ser chamado para resolver as mazelas da população e satisfazer as necessidades dos jurisdicionados amplia seu impacto na realidade política e social nacional. Ao julgador que tem competência para decidir toda e qualquer situação ao qual é consultado, independentemente da existência de previsão legal, é possibilitado inovar na solução, podendo até mesmo garantir direitos que não eram assegurados pelo gestor público, atuando assim de maneira ativista.

Nesse sentido, esse ativismo judicial se refere à extrapolação daquilo que é a função jurisdicional na ideia separatista de poderes. A função jurisdicional, por vezes, se confunde com a função legislativa, administrativa e, até mesmo, com a função de governo. Desse modo,

Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (Ramos, 2015, p. 14)

Trata-se de um novo paradigma constitucional contemporâneo, no qual o juiz se torna um ator determinante para a criação do direito e para a solução das pretensões sociais. A decisão judicial se torna um “elemento constitutivo da dimensão democrática do Estado de Direito” (RITTER, 2016, p.32). A esgotabilidade das normas em conjunto com um texto constitucional exaustivo, como no caso brasileiro, abre espaço para um novo “legislador”, agora alocado no Poder Judiciário (Almeida, 2013). Tudo isso evidenciou o protagonismo político dos tribunais e acentuou a percepção de que as matérias abarcadas pelo texto constitucional possuem somente o caráter formal, estando sua efetividade sempre vinculada a um outro agir. Em razão da necessidade de esse atuar do Poder Judiciário, percebe-se que “a cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado, mas pelo direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas” (Garapon, 2001, p.49).

Seriam os tribunais o campo para a exigibilidade e efetividade da democracia? Por meio de ações judiciais, os cidadãos se veriam capazes de interpelar uma atuação efetiva daqueles que governam, mesmo que individualmente?

A ADPF 347 E A NECESSIDADE DE EFETIVAR OS DIREITOS DOS ENCARCERADOS

Conforme exposto, com o passar do tempo, o Supremo Tribunal Federal passou a assumir a postura mais ativa na efetivação de políticas públicas ineficientes. Devido à nova dinâmica social e a busca em concretizar normas e princípios constitucionais, ao Poder Judiciário, por meio de uma atividade criativa, passou a ser possível, se não necessária, a

atuação política, antes vista somente naqueles eleitos ou escolhidos para os cargos do Poder Executivo. Ocorre a politização da justiça.

Ao defender o Poder Judiciário, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, analisa as causas desse fenômeno como o reconhecimento da necessidade e importância de um Judiciário independente que opte por demonstrar sua força quando chamado a garantir a efetivação de direitos e para pôr fim ao descontentamento da população (Barroso, 2009, p. 11). Nesse sentido,

há causa de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, tanto na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atos políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestão ou demarcação de terras indígenas. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate política e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas (Barroso, 2009, p. 11).

Um exemplo real da efetiva atuação do Poder Judiciário para além do seu campo de atuação se deu por meio da ADPF 347.

Em maio de 2015, o Partido Socialista e Liberdade - PSOL ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, pedindo que o Supremo Tribunal Federal declarasse que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro violava preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 e, em especial, direitos fundamentais daqueles que estão encarcerados. Em razão disso, requereu que a Suprema Corte do país determinasse à União e aos Estados que tomem uma série de providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos.

O advogado da parte autora, o constitucionalista Daniel Sarmiento, defendeu no pleito inicial que o sistema penitenciário brasileiro vive um "Estado de Coisas Inconstitucional", caracterizado pela violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura e pela situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema.

A ADPF 347 trouxe ao cenário brasileiro a técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional-ECI, oriunda da Corte Constitucional Colombiana. A partir dessa técnica, seria possível enfrentar graves e sistemáticas lesões constitucionais, ocasionadas por omissões de políticas públicas e que afetam um número indistinto de pessoas, a partir da tomada de decisões programáticas de uma série de providências a serem efetivadas por

várias autoridades e poderes do Estado. Aplicada em casos excepcionais, a aplicação dessa técnica demanda mais que uma violação difundida de direitos fundamentais, é necessário que a atuação efetiva da Corte decisória seja essencial para a resolução da crise sistêmica.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional por parte da Corte Constitucional Colombiana exige a presença de determinados requisitos. A vulnerabilidade massiva e generalizada de direitos fundamentais, conjugada com a prolongada omissão de autoridades no cumprimento de suas obrigações para a garantia e promoção dos direitos, deve pressupor a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, exigindo mudanças estruturais que dependem da alocação de recursos públicos, correção de políticas públicas existentes e/ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas. Ademais, a potencialidade de congestionamento da justiça, caso todos que tenham esses direitos violados procurem individualmente ao Poder Judiciário, torna necessário a rápida atuação da Corte Constitucional (Campos, 2016).

O Estado de Coisas Inconstitucional gera um “litígio estrutural” contra o qual a Corte terá que fixar “remédios estruturais” voltados à formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais tradicionais. À Corte Constitucional é conferido um papel atípico na perspectiva da separação de poderes, possibilitando a ampliação da sua interferência nas políticas públicas.

Quando a ADPF 347 trouxe ao cenário brasileiro a discussão sobre a necessidade de declarar estar o sistema carcerário nacional em uma situação de Estado de Coisas Inconstitucional parte da doutrina entendeu que seria mais uma hipótese em que o ativismo judicial estrutural diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, uma vez que estes não tomam medidas concretas para resolver o problema.

Nesse sentido, Streck (2015) defendeu que adotar essa tese e aplicá-la no sistema jurídico brasileiro seria retornar a uma espécie de jusnaturalismo ou ontologia clássica que permitiria ao Poder “Judiciário aceder a uma espécie de ‘essência’ daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza em um país periférico. Uma espécie de realismo moral”. Para ele, o Estado de Coisas Inconstitucional

pressupõe uma leitura dualista da tensão entre fatos e normas, desconsiderando que o problema da eficácia do direito, sobretudo após o giro linguístico (que o direito parece querer ignorar), não pode ser mais tratado como um problema de dicotomia entre norma e realidade, um, como referi acima, verdadeiro ranço jusnaturalista, sob pena de se agravar ainda mais o problema que por meio da crítica se pretende denunciar (Streck, 2015).

Mais uma vez, diante da quebra do princípio da separação dos poderes, o que se escancara é a falta de rigidez extrema em relação a esse princípio constitucional. A partir da atuação da Suprema Corte brasileira no Estado de Coisas Inconstitucional presente no sistema carcerário seria possível que diversas ordens transformassem toda a atuação da máquina estatal.

Nesse sentido, o partido político responsável pela arguição de descumprimento de preceito fundamental pediu ao STF que este, ao reconhecer a existência do "Estado de Coisas Inconstitucional", entre diversos pedidos, realizasse a expedição de ordens que obrigassem a União a liberar, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para o financiamento de medidas e programas de modernização e humanização do sistema prisional brasileiro. Até o dia que se escreve o presente artigo, o STF ainda não julgou definitivamente o mérito da ADPF, mas já apreciou o pedido de liminar.

Com a relatoria do caso, o Ministro Marco Aurélio entendeu cabível a ADPF e o reconhecimento de uma nova modalidade de inconstitucionalidade no direito brasileiro, o Estado de Coisas Inconstitucionais, e que o caso do sistema carcerário seria uma hipótese de certeza positiva. Dessa maneira, ao STF caberia, excepcionalmente, atuar de forma mais assertiva, por ser o órgão capaz de superar bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções. A atuação judicial ocorreria em uma realidade que tradicionalmente não possui apelo político capaz de ocasionar interesse daqueles que elegem o Poder Executivo. Diferente das pautas de saúde, educação, economia e segurança pública, a situação do sistema carcerário dificilmente seria objeto de atuação daquele que se preocupa com a eleição e com a satisfação daqueles que o elegeram.

Assim, ao político se torna muito mais vantajoso a delegação da competência de decisões impactantes para um agente técnico e apolítico. Por meio da decisão judicial exarada pelo Supremo Tribunal Federal seria possível interferir na gestão do orçamento público visando a efetivação de políticas públicas.

A atuação do julgador, ganhando cada vez mais protagonismo político, além de provocar uma erosão na separação dos poderes, se torna cada vez mais atrativa aos olhos dos políticos que compõem a cúpula do poder público. Em um ambiente democrático representativo, aquele que deseja se eleger precisa do voto e do apoio popular, ao deixar de discutir questões impopulares reduz os custos políticos dos que estão e almejam ainda mais poder.

A PROBLEMÁTICA JURISTOCRACIA: O GOVERNO DOS JUIZES

Com a edição de textos legais com conteúdo jurídico indeterminado, e por vezes vagos, aqueles que ocupam cargos políticos se afastam da necessidade de se indispor com parcela do eleitorado e viabilizam a transferência do ônus político para aqueles que terão a incumbência de decidir a realidade judicializada, o Poder Judiciário.

Hirschl (2004), analisando tendências globais desse deslocamento de poder, fala sobre a "juristocracia" como um novo tipo de regime político que transfere progressivamente poderes decisórios originariamente pertencentes as instituições representativas aos juízes, ocasionando o empoderamento judicial por meio da constitucionalização. Com a transferência da competência de legislar para o Judiciário, o processo judicial transforma-

se em um ambiente favorável à garantia de direitos a partir da maximização da aplicabilidade daquilo que a norma jurídica generaliza, percebe-se, em muito, a troca da publicação de texto de lei pela atuação de um magistrado.

A juristocracia seria a constituição do magistrado como protagonista no ato de interpretar e de aplicar as definições do ordenamento jurídico, evidenciando um desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos. Essa nova delegação de poder, segundo Hirschl, ocorreria em razão do interesse das elites políticas em se preservarem hegemônicas nos cargos públicos, se afastando da ameaça de perda de eleitores motivados por decisões políticas não unânimes.

O magistrado contemporâneo transformou-se em um ator político técnico e que, em origem, não se preocuparia com os custos políticos das decisões impopulares e obstaculizam interesses políticos divergentes.

Nesse ponto, uma importante crítica precisa ser tecida. O regime político adotado pelo Estado brasileiro é a democracia, fundamentada na noção de soberania popular. Quando se pensa que “a transferência de poder de decisão aos juízes acontece porque os detentores do poder político acreditam que suas preferências serão aprimoradas sob o regime político da juristocracia”, há claramente uma deturpação o papel do Poder Judiciário (Barbosa, 2019, p. 12).

O que ocorre, por certo, é um verdadeiro fomento a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo que postergam sua atuação para a futura emissão de um mandado judicial que supra de pronto a necessidade da execução de políticas públicas pontuais. Essa busca recorrente por uma decisão judicial acaba por desorganizar e, conseqüentemente, adiar a execução de políticas públicas efetivas que atue em prol da coletividade.

A busca pela efetivação das normas constitucionais por meio dos tribunais caminha para uma inclinação contrária ao caminho da democratização e conseqüentemente um abandono dos preceitos centrais do Estado Democrático de Direito, “em nenhum momento o Judiciário pode vir a se assenhorar do espaço reservado à produção democrática do direito” (Streck, 2014, p. 178). Os membros do Poder Judiciário não possuem legitimidade advinda do processo eleitoral, ao contrário dos Poderes Executivo e Legislativo que, em razão do modelo representativo, dão voz aos anseios do povo.

Aquele que detém o poder nas entrelinhas de suas decisões não deveria buscar a aprovação popular medida por eleições, sua função não estaria em compatibilizar o direito aplicável com a satisfação da população em geral. A este julgador não compete alterar ou criar texto de lei. O rumo político e legislativo acaba por afastar-se daqueles que foram eleitos e se submetem ao juízo do Poder Judiciário, fragilizando o equilíbrio entre os Poderes.

Aquilo que inicialmente tratava-se de uma divisão de responsabilidades que poderia acabar em um resultado não popularesco ao julgador, acaba por gerar ao juiz um destaque político que o coloca na posição de “solucionador de todos os problemas do povo” quando sua decisão for favorável aos anseios populares. Aquele que não deveria fazer política,

vislumbra no poder dado a sua decisão judicial a aptidão de impactar diretamente no campo de satisfação ou não dos anseios sociais.

Diante da inserção do Poder Judiciário no jogo político democrático, a juristocracia pode ocasionar um risco ao sistema de freios e contrapesos.

Diante da amplitude do seu poder decisório, aquele que julga se torna apto a impor na decisão judicial sua individualidade e subjetivismo, motivado, por vezes, em se alçar à figura de protagonista social. Políticos, legisladores e juízes deveriam possuir motivações e limitações distintas quando o assunto é a sua atuação na garantia de políticas públicas e de direitos fundamentais, ao se expandir o poder daquele que julga o que ocorre, em verdade, é a aproximação destes, agravando ainda mais a crise da separação de poderes.

Com mecanismos de controle mais frágeis, a atuação do Poder Judiciário por vezes ocasiona um abuso de poder.

Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social - controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática (Maus, 2000, p. 187).

Ora, havendo direitos constitucionalmente estabelecidos que só têm sua garantia efetivada pela atuação e interpretação dos magistrados, deixa-se de estar sob a égide da Constituição de 1988, para assumir um Constituinte formado também pelo Poder Judiciário presente. Diante da juristocracia, “as três funções tradicionais das Constituições liberais: arquitetura do Estado, equilíbrio entre os Poderes e limitação do abuso de Poder, e reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, estão ameaçadas” (Barbosa, 2019, p.16).

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi entender como a realidade do Estado Democrático de Direito atual viabilizou que o Poder Judiciário se transformasse em um protagonista político, ocasionando a possibilidade de erosão na estrutura e funcionamento do sistema jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988, ao apresentar uma indeterminação do conteúdo normativo, em razão da vasta gama de princípios constitucionais e sua conseqüente abrangência geral e abstrata, gera uma necessidade do atuar do julgador.

A partir do julgamento que reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, o Poder Judiciário determinou importantes medidas executórias que exacerbaram sua atuação ativista diante de um problema que encontra barreira daqueles que foram eleitos para cargos dos Poderes Executivo e Legislativo. O que se viu foi a atuação política dos juízes a partir da inércia dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo.

De certo, o Poder Judiciário acaba por atuar como corretor das problemáticas e não formuladas medidas de assecuramento de direitos constitucionais, buscando garantir uma efetiva garantia desses direitos. Ampliar a atuação daquele que julga possibilita a atribuição de uma função política àquele que deveria ser técnico e imparcial. Agindo, assim, de maneira antidemocrática.

As próprias determinações constitucionais acabam por gerar um agigantamento do Judiciário e a criação de uma verdadeira juristocracia (governo dos juízes). Essa juristocracia, ponto central do presente trabalho, é uma transformação oriunda da engenharia constitucional pós-1988 que permite a degradação da democracia constitucional por meio de um ativismo judicial que atinge tanto a autonomia e a separação dos poderes.

A vastidão do texto constitucional possibilita aos magistrados um arsenal de normas disponíveis para utilização na tomada de decisões. Contudo, pela ausência de um conteúdo objetivo e concreto, abre espaço para a substituição dessas pela vontade pessoal daqueles que proferem as decisões. O decisionismo, do Poder Judiciário, conduz a errônea ideia de que seriam os valores dos magistrados os mesmos prevaletentes do corpo social, denunciando, assim, a formação de uma juristocracia em detrimento da democracia e da jurisdição constitucional.

Diante do estudo apresentado, conclui-se que deve ir além e refletir acerca dos riscos que a possibilidade de conferir ao juiz a legitimidade constitucional de aplicar e resolver políticas públicas e de consolidar a execução de direitos possibilitar um desequilíbrio na separação de poderes. A figura do julgador, diante de um processo judicial, se aproxima das motivações políticas e acaba por decidir governar conforme seu subjetivismo. Aquele que deveria decidir fundamentado no direito e no ordenamento jurídico passa a carregar em suas decisões seus interesses políticos, vislumbrando um resultado socialmente favorável à sua figura popular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim. **Discrecionalidade judicial e teoria do direito**. In: **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVII, n.60, p. 55-64, maio/ago. 2013.

- BARBOSA, Cláudia Maria; POLEWKA, Gabriele. Juristocracia no Brasil a perspectiva de Ran Hirschl sobre o empoderamento judicial. In: **Index Law Journals Revista de Política Judiciária**, v. 1, n. 2. Organização: Comitê Científico. Minas Gerais, 2015, p. 309-334. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistapoliticiajudiciaria/article/view/257/258>> Acesso em: 10 jan. 2021.
- BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, e34100, maio/ago. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/34100>>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. In: **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, v. 16, p. 3/42.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não. **Revista Consultor Jurídico**, 16 fev. 2010. Disponível em: [bit.ly/ 3t19nTM](http://bit.ly/3t19nTM). Acesso em: 20 fev. 2022.
- BERNARDI, Renato; MEDA, Ana Paula. Da tripartição de poderes ao estado de coisas inconstitucional e o "compromisso significativo": a contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. **Em tempo**, v. 15, p. 11-34, 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Distrito Federal. Julgada em 09 set. 2015. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 fev. 2022.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Informe sobre as medidas provisórias adotadas em relação ao Brasil**. Conselho Nacional de Justiça; Coordenadores Luis Geraldo Sant'ana Lanfredi, Isabel Penido de Campos Machado e Valter Shuenquener de Araújo, – Brasília: CNJ, 2021.
- BRANDÃO, Rodrigo. **O STF e o Dogma do Legislador Negativo**. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_stf_e_o_dogma_do_legislador_negativo.pdf. Acesso em: 14 fev. 2021.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Jota mundo: estado de coisas inconstitucional**, 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>. Acesso em: 10 fev. 2022.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CARVALHO, Gustavo Ferreira de; OLIVEIRA, Fábio de Souza; SANTOS, Júlio Edstron S. O estado de coisas inconstitucional: é possível sua efetivação no Brasil? **Revista Acadêmica Conecta FASF**, v. 2, n. 1, p. 307-332, 2017.

- CANOTILHO, Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.
- CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucionais**. JOTAMundo, maio, 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 22 fev. 2022.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O Estado de Coisas Inconstitucional como garantia de direitos fundamentais**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47193/o-estado-de-coisas-inconstitucional-como-garantia-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 14 fev. 2022.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HESSE, Konrad. **Conceito e peculiaridade da Constituição**. Tradução: Inocência Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**/Ran Hirschl; Tradução Amauri Feres Saad – 1ª ed.- Londrina, PR. Editora E.D.A. Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.
- HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. First Harvard University Press, 2004.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão da Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. (Colección Demos).
- 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**. Revista Direito GV [online]. 2019, v. 15, n. 2. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201916>. Acessado em: 6 fev.2022.
- MAUS, Ingborg. **Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade orfã’**. Tradução Martônio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP** (impresso). São Paulo, v. 58, p. 183-202, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OTTO, Ignacio de. **Derecho constitucional: sistema de fuentes**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1998.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**. v. 1: Teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RITTER, Letícia Mousquer. **O papel do juiz no Estado Democrático de Direito: perspectivas epistemológicas da função judicial no século XXI**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2016.

ROSSI, Amélia do Carmo. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito**. 2011. 212 fl. Tese. (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, out. 2011.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário e arena política: um olhar a partir da Ciência Política**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1-32.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Luciana C. **Estrutura lógica de organização da pesquisa científica texto básico para auxiliar pesquisadores**. Belo Horizonte, EdUEMG, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 20 fev. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender o direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico**. 2. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O Que é isto decido conforme minha consciência**. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 4. ed. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial- o velho realismo e outros falas**. Streck, Lenio Luiz, Rocha, Leonel Severo e Engelmann, Wilson (Orgs.) Constituição, Sistema sociais e hermenêutica. Porto Alegre, Livraria do Advogado, v. 9, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista de Direito GV**. São Paulo: jul-dez/2008, p.441-464.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de estudos e pesquisas/CONLEG/Senado, dez.2015. Texto para discussão n. 186. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em: 20 jan. 2022.

Recebido: 06-03-2022

Aprovado: 14-12-2023



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.