VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO

FLÁVIO COUTO BERNARDES

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C756

Constitucionalismo democrático e o Novo Constitucionalismo Latino Americano [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/UNHwN;

Coordenadores: Flávio Couto Bernardes, Marco Antônio César Villatore, Raymundo Juliano Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-386-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Constitucional. 3. Democracia. 4. América Latina. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34







Universidad Nacional de Costa Rica Heredia – Costa Rica www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO

Apresentação

Apraz-nos apresentar os dezesseis trabalhos selecionados para publicação no Grupo de Trabalho "Constitucionalismo democrático e o Novo Constitucionalismo Latino Americano I" dentro Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), no VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA, nas Universidad Nacional - Costa Rica (UNA) e Universidad de Costa Rica - Sede Occidente (UCR), nas cidades de Heredia, San José e San Ramón, Costa Rica, entre os dias 23, 24 e 25 de maio de 2017, tendo como tema principal do evento "Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia na América Latina e Caribe".

As apresentações orais dos dezesseis trabalhos selecionados acima foram realizadas entre a tarde e o início da noite no bloco de Direito da Universidad Nacional - Costa Rica (UNA), na cidade de San José, Capital da Costa Rica, no dia 23 de maio de 2017, sendo dividido, a cada cinco exposições orais, um debate entre os presentes, Professores e Doutorandos em Direito, das mais variadas regiões do Brasil quanto da Costa Rica.

Os títulos dos trabalhos foram bem diversificados, conforme indicado no item 2 das temáticas possíveis, previsto no edital do supracitado CONPEDI INTERNACIONAL, abrangendo "Constitucionalismo e Democracia na América Latina e Caribe. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Fundamentos, garantias e controle constitucional. Constitucionalismo transformador: sujeitos, direitos, territórios, cosmovisões, estado e sistemas políticos. Subjetividade: indivíduos, povos, nacionalidades e natureza. Territorialidades específicas. Biocentrismo. Vivir bien e Buen vivir. Plurinacionalidade e interculturalidade. Participação, poder popular, função eleitoral e democracia comunitária. Estado e economia. Povos indígenas. Diferenças étnicas, raciais, sexuais e de gênero. Interpretação constitucional. Sistemas de justiça, jurisdição e justiça indígena. Cultura, identidade, conhecimento e memória. Integração e desintegração na América Latina e Caribe. Desafios jurídicos e políticos da democracia e do direito na América Latina e Caribe".

Importante é a análise de temas tão complexos e ao mesmo tempo atualíssimos, quando a Democracia é questionada em muitos países, o mesmo ocorrendo com a experiência da América Latina e do Caribe.

Direito, política e democracia jamais podem existir separados, e este Grupo de

Trabalho demonstrou a necessidade de atenção de todos os que desejam uma sociedade sadia e segura.

Convidamos a todos, portanto, para uma ótima leitura, que certamente gerará as mais variadas reflexões.

San José, Costa Rica, 06 de maio de 2017.

Coordenação:

Prof. Dr. Flávio Couto Bernardes - Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore - Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - Universidade Católica de Pernambuco

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIÁLOGO NA SUPERAÇÃO DO "ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL": UM CAMINHO PARA O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO NO BRASIL.

THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE DIALOGUE TO OVERCOME THE "UNCONSTITUTIONAL STATE OF THINGS": A PATH TO ACHIEVE THE DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM IN BRAZIL.

Bianca Maruszczak Schneider van der Broocke [1]
Katya Kozicki [2]

Resumo

Este artigo objetiva traçar o caminho para que se definam as expectativas para o uso das audiências públicas pelo STF na superação do "Estado de Coisas Inconstitucional", recentemente declarado diante da situação de violação generalizada de direitos fundamentais nas prisões brasileiras. Com base na atuação da Corte Constitucional colombiana, de onde é proveniente, verifica-se que o êxito desse tipo de litígio "estrutural" depende da abertura para a deliberação, de atores governamentais e não governamentais. O reconhecimento do ECI pressupõe uma mudança de postura por parte dos Ministros do STF, em prol do diálogo inclusivo, nos moldes de um constitucionalismo democrático.

Palavras-chave: Audiências públicas, Constitucionalismo democrático, Democracia deliberativa, Estado de coisas inconstitucional, Litígios estruturais

Abstract/Resumen/Résumé

This paper intends to outline the expectations for the use of public hearings by the Brazilian Supreme Court in overcoming the "State of Things Unconstitutional", recently declared because of the situation of widespread violation of fundamental rights in the Brazilian prisons. Based on the work of the Colombian Constitutional Court, from where it comes, the success of this structural injunction depends on the openness to deliberation of governmental and non-governmental actors. The recognition of the ECI presupposes a change of stance on the part of the Judges, in favor of the inclusive dialogue, in the mold of a democratic constitutionalism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Deliberative democracy, Democratic constitucionalism, Public hearings, Structural injunction, Unconstitutional state of things

[1] Advogada. Doutoranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Integrante do Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia, vinculado ao PPGD da UFPR.

[2] Professora titular da PUCPR e professora associada da UFPR, programas de graduação e pós-graduação em Direito. Pesquisadora do CNPq.

1 Introdução

Recentemente restou declarado pelo Supremo Tribunal Federal o "Estado de Coisas Inconstitucional" do sistema carcerário brasileiro, quando da análise da medida cautelar suscitada na Ação Declaratória de Descumprimento de Preceito Fundamental n.° 347/2015. Referido instituto, originário da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, tem sido utilizado nesse país para a solução de demandas que visam dar efetividade a direitos fundamentais constitucionalmente previstos, por meio da atuação coordenada de diversos atores políticos, a partir da adoção de "medidas estruturais". O emprego desse novo tipo de mecanismo procedimental faz parte de uma tendência observada tanto em países da América Latina, como em outras nações em desenvolvimento, que tem como pano de fundo uma intervenção judicial criativa em casos que se ocupam de violações generalizadas dos direitos econômicos, sociais e culturais, denominados de "litígios estruturais".

Na Colômbia, a *sentencia* T-025 de 2004, proferida a partir da declaração do ECI dos deslocados internos em razão do conflito armado (*desplazados*), é tida como paradigmática em razão do sucesso na efetiva resolução do litígio estrutural. Neste caso, a Corte Constitucional emitiu ordens flexíveis, deixando para os entes representativos do Estado a formulação das políticas públicas para amparo da população vulnerável, bem como reteve a jurisdição e determinou a realização de Audiências Públicas periódicas, com a participação dos atores governamentais, organismos da sociedade civil e cidadãos interessados sobre o tema, para o monitoramento e deliberação contínuos sobre as ações tomadas e o sucesso da sua implementação.

Ao que se vê, além da interação e cooperação institucional, a superação do ECI pressupõe a participação popular e a deliberação democrática na tomada de decisão, o que remonta às bases do "novo constitucionalismo latino-americano" em que se insere a ordem constitucional colombiana. Ademais, traz a lume o diálogo desse modelo com o do constitucionalismo democrático proposto por Robert Post e Reva Siegel, que vislumbram no Poder Executivo, no Poder Legislativo e, principalmente, na sociedade, foros igualmente autorizados e relevantes para a interpretação da Constituição, a legitimar democraticamente a última palavra das Cortes Constitucionais.

Levando-se em conta as feições emprestadas ao procedimento do ECI pela jurisprudência da Colômbia, incumbirá ao STF, na superação do quadro de inconstitucionalidade em que se encontra há muito o sistema penitenciário brasileiro, não apenas atuar em cooperação com os demais poderes estatais, mas também com representantes

do povo, na formulação e consequente fiscalização da efetivação de medidas estruturais condizentes com a salvaguarda dos direitos fundamentais violados. Diante desse panorama, a questão que se coloca no presente artigo é se existem meios processuais adequados no sistema jurídico brasileiro para a adoção de um modelo dialógico pelo Supremo Tribunal Federal, que priorize a deliberação pública, na superação do "Estado de Coisas Inconstitucional" arguido e reconhecido na ADPF 347, em prol de um constitucionalismo democrático.

Tendo em vista que o instrumento da Audiência Pública, utilizado com êxito no monitoramento do cumprimento das ordens contidas na *sentencia* T-025/2004 na Colômbia, também tem previsão no sistema jurídico brasileiro, pode-se dizer que o meio processual adequado e compatível com um constitucionalismo democrático existe. No entanto, a partir da análise da forma como as audiências públicas se desenvolvem no contexto do controle judicial de constitucionalidade, verifica-se que não há espaço para o diálogo e a deliberação.

A proposta deste trabalho é traçar o caminho para que se definam as expectativas para o uso das audiências públicas pelo STF na superação do ECI, mediante o emprego do método lógico dedutivo, visto que a pesquisa teve por base a investigação dedutiva da doutrina e jurisprudência sobre o tema, utilizando-se, principalmente, o material bibliográfico. Para tanto, na seção 2, procura-se contextualizar a judicialização da política e o ativismo do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais na América-Latina e no Brasil, reconhecendo a declaração do ECI como um dos seus desdobramentos. A fim de definir os contornos desse novo mecanismo procedimental, empreende-se o estudo das suas origens, sediadas no conceito "litígio estrutural".

Na seção 3 do artigo, passa-se a análise do emprego da declaração do ECI pela Corte Constitucional da Colômbia, que tem papel de destaque no desenvolvimento de uma jurisprudência ativista na América Latina, principalmente no que tange à concretização dos direitos sociais, sendo um dos componentes para esse avanço em prol do desenvolvimento social colombiano, a atuação desse tribunal em litígios estruturais. Nessa toada, apresenta-se como razões para o seu sucesso na *sentencia* T-025/2004, a promoção da prática dialógica entre os ramos do Poder, bem como o processo de monitoramento contínuo do cumprimento da sentença com o favorecimento do debate a uma ampla variedade de atores governamentais e não governamentais sobre os procedimentos a serem adotados e a implementação das políticas públicas para concretização dos direitos sociais envolvidos, que têm como paradigma um "constitucionalismo dialógico", associado a um concepção de democracia deliberativa.

Partindo-se dessas premissas, na seção 4 intenta-se demonstrar os pontos de convergência entre o "novo constitucionalismo latino-americano", no qual o ECI se insere, e o constitucionalismo democrático, no que tange à deliberação pública na tomada de decisão. Este modelo preza o papel essencial que a participação popular exerce direcionando e legitimando os institutos e práticas do controle judicial de constitucionalidade. E, por fim, na seção 5, expõe-se as nuances da recente declaração de ECI do sistema carcerário brasileiro no bojo da ADPF 347/20015, em que até o momento só houve decisão em sede de cautelar, para então adentrar-se na análise da atuação do STF em outros casos em que houve audiências públicas. Embora haja uma tendência de promoção do diálogo, inaugurada com a Audiência Pública convocada no caso da Lei de Biossegurança, atualmente trata-se este mecanismo de participação popular como expediente meramente informativo, nos termos da sua previsão legal.

São as audiências Públicas de monitoramento que conferem legitimidade às medidas estruturais propostas a partir da declaração do ECI em sede de controle judicial de constitucionalidade, na medida em que promovem rodadas deliberativas sobre as questões públicas envolvidas, em que há uma ampla discussão entre atores governamentais e não-governamentais. Destarte, como conclusão, infere-se que, longe de ser um instituto meramente informativo, a metodologia adotada pelo STF nas audiências públicas merece ser revisitada, abrindo a possibilidade de adoção de um modelo dialógico, compatível com o constitucionalismo democrático, no Brasil, seguindo-se, então, para as considerações finais na seção 6.

2 Litígios estruturais e a concretização de direitos fundamentais

Um dos desdobramentos mais significativos do período pós Segunda Guerra Mundial, observado nos governos democráticos do fim do século XX e início do século XXI, em inúmeros países, é expansão da atuação do Poder Judiciário em detrimento das esferas representativas do Estado, por meio do fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade, o que tem resultado no desempenho de um papel cada vez mais preponderante por parte das Cortes Superiores na tomada de decisões políticas, em oposição à autocontenção, enquanto forma consagrada de atuação. Aliada a este modelo de empoderamento judicial, vislumbra-se uma nova noção de democracia, vinculada à proteção de direitos e liberdades fundamentais e sua consequente constitucionalização, numa tentativa de salvaguardar indivíduos e grupos vulneráveis da potencial tirania da maioria (ELY, 2010, p. 12).

Como pontua Ran Hirschl, tais mudanças, observadas como uma tendência global após as Segunda Guerra Mundial, foram empreendidas em países como Japão, Itália, França e

Alemanha, enquanto subproduto da reconstrução política. Na Índia, assim como em outras antigas colônias britânicas, foram parte do processo de descolonização. Já em países como a África do Sul, Grécia, Portugal e Espanha, bem como na maior parte dos países latino-americanos, a constitucionalização de direitos e o estabelecimento do controle judicial de constitucionalidade advieram da transição de regimes semidemocráticos ou autoritários para democracias (HIRSCHL, 2007, p. 7).

Na América Latina o constitucionalismo do final do século XX foi resultado da crise política e de direitos humanos decorrente das ditaduras dos anos sessenta e setenta, bem como da crise econômica relacionada com a implementação dos programas de ajuste estrutural característicos da década de noventa. E, em linhas gerais, as novas Constituições fortaleceram os compromissos sociais dos documentos anteriores, ao mesmo tempo em que mantiveram a tradicional estrutura de poder verticalizada, mediante sistemas presidencialistas fortes. Além disso, muitos países da região como Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile e El Salvador outorgaram um status legal especial aos diferentes compromissos internacionais por eles assumidos em matéria de direitos humanos, a fim de assegurar maior proteção aos direitos afetados pelos governos autoritários recentes (GARGARELLA, 2014a, p. 270-274).

Embora a introdução dos direitos sociais nas novas Constituições latino-americanas não tenha significado a sua conversão de pronto em realidade, o seu reconhecimento dotou de legitimidade a sua reivindicação. Por conseguinte, como aponta Roberto Gargarella, tais cláusulas constitucionais que antes se encontravam adormecidas, consideradas como direitos *"meramente programáticos"*, começaram a despertar do seu longo sono no final do século XX e *"fueron ganando vida propia, mediante uma paulatina erosión de las barreras que enfrentaban para tornarse efectivas"* (GARGARELLA; COURTIS, 2009, p. 33).

A assunção de uma posição de destaque dos direitos fundamentais de segunda dimensão nos textos constitucionais, visando atribuir aos poderes constituídos comportamento ativo na realização da justiça social, representou uma mudança no paradigma jurídico do Estado liberal, a partir da modificação da postura estatal abstencionista para o enfoque prestacional, no sentido da concretização desses direitos por meio das políticas públicas e da consequente intervenção do Estado na vida econômica e social (BUCCI, 2006, p. 3-4).

Destarte, em situações em que estas políticas estatais não se concretizam de forma plena e satisfatória, ou seja, quando os Poderes Legislativo e Executivo não são capazes de implementar os direitos econômicos, sociais e culturais constitucionalmente previstos, verifica-se a possibilidade de demandar judicialmente a efetivação desses direitos e nesta atuação das Cortes se põe em evidência a dimensão política da jurisdição constitucional. O Poder Judiciário

passa a ter uma atribuição residual em matéria de políticas públicas, devendo intervir em caso de omissão ou contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação dos direitos sociais (CANELA, 2011, p. 148). As decisões para a efetivação e implementação desses direitos, além de caracterizarem-se pela gradualidade de seu processo de concreção, mostram-se, muitas vezes, dependentes das possibilidades orçamentárias dos Estados e da respectiva conjuntura política e tais dificuldades acabam por apontar *"para a necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico, além da revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais"* (SARLET, 2011, p. 54).

No Brasil, a Constituição de 1988 adveio como uma forma de reação aos graves retrocessos consagrados constitucionalmente durante o governo militar, bem assim como resposta às aspirações relativas à superação da profunda desigualdade socioeconômica produzida ao longo da história do país. Para tanto, dentre outras mudanças, trouxe a previsão acerca da proibição da tortura, restabeleceu o voto direto e secreto, fixou penas severas contra as restrições às liberdades civis, dispôs sobre o acesso à justiça, incluiu mecanismos de participação política e estabeleceu um amplo rol de liberdades e direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, definindo inclusive os seus modos de concretização. Além disso, para o monitoramento eficiente do Estado enquanto concretizador de políticas públicas consagrou o texto constitucional um Supremo Tribunal Federal ativo e independente, armado com um forte sistema de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato.

A adoção de um catálogo constitucional de direitos e o fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade trouxeram como consequência a judicialização da política no país, passando algumas questões de grande repercussão política ou social a serem levadas ao Poder Judiciário e não ao Estado-Legislador ou ao Estado-Administração, enquanto representantes eleitos do povo. Imposição da "fidelidade partidária" aos parlamentares, validade e aplicabilidade da "Lei da Ficha-Limpa", greve do servidor público, demarcação de terras indígenas, autorização de pesquisas e tratamentos médicos com células-tronco embrionárias, casamento de pessoas do mesmo sexo, além da descriminalização do aborto de fetos anencefálicos, são alguns exemplos de atuação do STF sobre terreno em que deveria ter atuado o Estado-Legislador e a Administração, ambos legitimados pelos princípios formais da democracia.

Diante desse cenário de expansão do papel do judiciário verifica-se uma mudança de comportamento por parte dos agentes judiciais, no sentido de atuarem com uma maior autonomia no processo de tomada de decisão (KOENER, 2013, p. 71), mediante *"interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais, interferências nas escolhas*

políticas do Executivo e do Legislativo e preenchendo vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes" (CAMPOS, 2014, p. 354), o que se entende por "ativismo judicial". Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, esse protagonismo institucional por parte das Cortes Constitucionais e Supremas, verificado em várias partes do mundo, manifesta-se por diferentes dimensões, bem como sofre influência de múltiplos fatores de natureza política, institucional, social e jurídico-cultural, sendo por ele assim definido:

> "Exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias." (CAMPOS, 2014, p. 348-349)

Dentre as diferentes dimensões do ativismo judicial do STF, aponta o autor como dimensão processual aquela em que o tribunal amplia a própria participação na construção da ordem jurídica a partir da amplificação dos instrumentos processuais, como as hipóteses de cabimento das ações e dos recursos, bem como os efeitos das decisões (CAMPOS, 2014, p. 356). E, como dimensão de direitos, descreve a atuação da Corte para exigir do Estado o respeito e a realização de direitos fundamentais, impondo-lhe deveres negativos e positivos de atuação. Nessa última perspectiva, prestacional, insere-se a interferência do STF na formulação e execução de políticas públicas, para assegurar a validade concreta de direitos sociais e econômicos (CAMPOS, 2015, p. 357-358).

É nesse contexto que, recentemente, o STF declarou o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema carcerário brasileiro, abrindo as portas para a aplicabilidade de um novo mecanismo procedimental, que pressupõe a adoção de "medidas estruturais"[1], a fim de dar efetividade a direitos fundamentais constitucionalmente previstos, por meio da atuação coordenada de diversos atores políticos. Essa nova classe de ativismo judicial faz parte de uma tendência incipiente em países da América Latina e em outras nações em desenvolvimento, podendo ser ilustrada pela intervenção judicial em casos que se ocupam de violações generalizadas dos direitos econômicos, sociais e culturais, denominados de "litígios estruturais"[2] (GARAVITO, 2014, p. 213). Conforme leciona César Rodríguez Garavito, estas ações se caracterizam por:

[1] Os autores brasileiros que escrevem sobre o tema utilizam tanto o termo "remédios estruturais" (CAMPOS, 2015, p. 22), como a designação "medidas estruturantes" (JOBIM, 2013, p. 30), para nomear o mesmo instituto que, na doutrina comparada, também se denomina de "medidas estructurales" (GARAVITO, 2014, p. 213), tendo sido a tradução deste último nome a forma de identificação escolhida no presente trabalho.

[2] César Rodríguez Garavito utiliza o termo "casos estructurales", que aqui traduziu-se como "litígios estruturais", designação utilizada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos na sua tese de doutoramento sobre o tema (CAMPOS, 2015, p. 42).

> "a) afectar a um gran número de personas que denuncian la violación de sus derechos, por sí mismas o mediante organizaciones que presentan demandas judiciales em su nombre; b) involucrar a vários organismos y departamentos del Estado, que se consideran responsables de las persistentes fallas de política pública que contribuyen a la violación de esos derechos, y c) llevar aparejadas medidas estructurales, por ejemplo, órdenes de cumplimiento inmediato em las que se instruye a diversos organismos administrativos para que tomen acciones coordenadas a fin de proteger a toda la población afectada y no sólo a los denunciantes específicos del caso"(GARAVITO, 2014, p. 213)

Essa nova classe de tutela processual foi pioneiramente identificada e descrita em 1979, por Owen M. Fiss, que a partir da análise do provimento mandamental (*injunction*) proferido em 1955 no caso *Brown versus Board of Education II*, apontou um novo tipo de *Civil Rights Injunction*, a por ele denominada *structural injunction* (FISS, 1978, p. 9-10).

Em 17 de maio de 1954, no caso *Brown versus Board of Education*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a segregação racial no sistema público de ensino do Sul inferiorizava os negros e feria a *"Equal Protection Clause"* contida na Décima Quarta Emenda à Constituição. Referida decisão objetivava o fim do Apartheid e foi emblemática na jurisdição constitucional norte-americana por se filiar a um ativismo judicial considerado progressista, a partir de uma interpretação desta cláusula de proteção no sentido de uma igualdade procedimental e também substancial, a ser norteada por ações afirmativas em busca da invalidação das consequências prejudiciais da dominação hierárquica de alguns grupos sociais sobre outros (WEST, 1990, p. 693-695).

Um ano depois, em 31 de maio de 1955, diante das dificuldades para a implementação da decisão e sua consequente ineficácia, a Corte, em decisão unânime, revisitou a paradigmática sentença anterior, estabelecendo regras em relação ao decurso temporal e etapas necessárias a alcançar o fim da segregação nas escolas públicas. O decreto judicial procurou regulamentar a reorganização do sistema de ensino, delegando responsabilidade para autoridades escolares e Cortes locais no cumprimento dos princípios estabelecidos na decisão original, de 1954, nos seguintes termos:

> "Full implementation of these constitutional principles may require solution of varied local school problems. School authorities have the primary responsibility for elucidating, assessing, and solving these problems; courts will have to consider whether the action of school authorities constitutes good faith implementation of the governing constitutional principles (…)."[3]

Para Fiss, as ordens estruturais originadas deste tipo de litígio consubstanciam-se em um dos legados mais importantes da defesa dos *civil rights* norte-americanos em juízo, sendo o seu propósito a reorganização de uma instituição social a fim de evitar que uma ilegalidade se repita (FISS, 1978, p. 11-12). Além disso, devem ser entendidas como

[3] Disponível em: http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/BrownII.htmlhttp://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/BrownII.html. Acesso em: 22/06/2016.

precursoras de um relacionamento entre a Suprema Corte e os entes governamentais, visto que a emissão de uma decisão dessa natureza significa menos um ato coercitivo, um comando, e mais um ato de colaboração, consubstanciado na declaração de que, doravante, *"the Court will direct or manage the reconstruction of the social institution, in order to bring it into conformity with the Constitution"* (FISS, 1978, p. 36-37).

Como pontua o autor norte-americano, tais litígios estruturais inovam ao ocasionar uma mudança de postura do juiz, bem como uma relação de longa duração entre ele e a instituição envolvida, mediante uma série de intervenções, seja aprimorando a especificidade ou modificando as decisões previamente emitidas, seja convidando ou permitindo a participação de *amici curiae*, ou mesmo incentivando a criação de novas agências para ajudar no controle do cumprimento da decisão judicial (FISS, 1978, p. 92-93).

Ademais, o propósito preponderante transformador inerente às sentenças estruturais se justifica diante da especial natureza substantiva da reivindicação, qual seja, a sistemática negação de direitos fundamentais a um determinado grupo social. Nesse sentido, esclarece Fiss que *"procedure is not independent of substance. In the context of injunctive remedies, and perhaps other contexts as well, the civil rights era teaches that procedure is, and should be, ineluctably tied to the merits and nature of the underlying substantive claim"* (FISS, 1978, p. 97).

Contemporaneamente, esse modelo de ativismo judicial tem sido observado em países como África do Sul, Índia, Argentina e Colômbia, onde as Cortes Constitucionais têm vislumbrado a necessidade de adoção de uma nova postura procedimental a fim de dar efetividade a direitos fundamentais de segunda dimensão.[4] Em relação ao Brasil, a recente "migração constitucional"[5] do procedimento adotado pela Corte colombiana em litígios

[4] Como exemplo de intervenção judicial em litígios estruturais mais frequentemente abordado pela doutrina, citamos o "compromisso significativo" (*meaningful engagement*) desenvolvido pela África do Sul para a proteção dos direitos sociais e econômicos que exigem a ação administrativa do Estado (ver: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.143-148). Mencione-se também a jurisprudência do Tribunal Supremo da Índia, que ao se ocupar de problemas sociais como a fome e o analfabetismo tem criado comissões judiciais de assessoramento para supervisionar o cumprimento das decisões judiciais proferidas nas chamadas "public interest litigation", previstas constitucionalmente para a defesa de direitos coletivos (ver: CASSELS, Jamie. *Judicial activism and public interest litigation in India: attempting the impossible?* American Society of Comparative Law, v. 37, n. 3, 1989. p. 495-519. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/840090). Na Argentina, faz-se referência ao caso "Mendoza", que envolve a questão da judicialização da saúde e, no qual, a Corte Suprema estimulou a participação e a deliberação durante o processo, bem como emitiu ordens flexíveis, para lidar com as condições institucionais, políticas e econômicas que deram ensejo às violações de direito (ver: BERGALLO, Paola. *La causa "Mendoza": uma experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud*. *In*: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 245-291). Os litígios estruturais na Colômbia serão abordados a seguir.

[5] Aqui utilizando o conceito de Virgílio Afonso da Silva, no sentido da migração (ou "empréstimo") de ideias constitucionais, que propicia a integração horizontal entre ordens jurídicas nacionais, por meio do diálogo entre

estruturais, a partir da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário pelo Supremo Tribunal Federal, pressupõe uma intervenção judicial por meio de práticas dialógicas, que originem a emissão de ordens flexíveis e a retenção de jurisdição para o monitoramento do cumprimento da decisão, a fim de promover a efetiva reforma dos conjuntos instrumentais-governamentais envolvidos na violação massiva e sistemática de direitos fundamentais e também, como acréscimo, a deliberação democrática.

3 O Estado de Coisas Inconstitucional na jurisprudência colombiana

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional em sede de controle judicial de constitucionalidade pela Corte colombiana traz a lume a relevância pública que o ativismo judicial com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais tem adquirido nas últimas décadas na América Latina (GARAVITO, 2014, p. 214), inserindo-se no quadro das novas conformações decorrentes da mudança da forma de se pensar a Constituição na região.

A série de reformas constitucionais promovidas em boa parte dos países da região desde o final do século XX, a que se dá o nome de "novo constitucionalismao latino-americano", deu origem a novas Constituições que além de fortalecerem os compromissos sociais, a partir da incorporação de largas listas de direitos sociais, econômicos e culturais, introduziram cláusulas de participação popular (GARGARELLA, 2014a, p. 281-283).

Como aponta Rodrigo Uprimny, a partir da metade da década de oitenta a América Latina vivenciou um intenso período de mudanças constitucionais, tendo quase todos os países ou adotado uma nova Constituição (Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Paraguai em 1993, Equador em 1998 e em 2008, Peru em 1993, Venezuela em 1999, e Bolívia em 2009, dentre outros) ou introduzido alterações importantes nas Constituições já existentes (Argentina em 1994, México em 1992 e Costa Rica em 1989) (UPRIMNY, 2011, p. 1587).

Tendo em conta as desigualdades sociais e econômicas que afetavam e ainda hoje afetam a região, bem como da ausência de identidade entre os interesses dos representantes políticos e os representados, e a necessidade de melhora das condições de vida que, "*em xeral, em América Latina non cumpren coas expectativas esperadas nos tempos actuais"* (DALMAU, 2008, p. 8), a maioria dessas reformas compartilha alguns pontos em comum. Nesse sentido, menciona-se o reconhecimento da diversidade étnica e cultural e da igualdade entre as diferentes religiões, incluindo as indígenas; a abertura ao direito internacional dos direitos

tribunais, ou seja, do livre câmbio de experiências, ideias, teorias (SILVA, Virgílio Afonso. *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 519-524).

humanos; e a proteção especial a grupos tradicionalmente discriminados, tendo muitas constituições expressado um forte compromisso com a igualdade, não só a partir da proibição da discriminação com base na raça, sexo, e outros fatores, mas também por meio da previsão de políticas de ação afirmativa especiais para tornar a igualdade real e eficaz (UPRIMNY, 2011, p. 1590-1591).

Com o escopo de colocar o Estado a serviço da construção da igualdade e da justiça social, praticamente todas as nações latino-americanas estabeleceram uma larga lista de direitos econômicos, sociais e culturais, os quais vieram acompanhados do fortalecimento da jurisdição costitucional e, muitas vezes, da criação de formas de proteção judicial direta, como a *acción de tutela*[6] prevista na Constituição Colombiana de 1991 (UPRIMNY, 2011, p. 1593). A Corte Constitucional da Colômbia tem papel de destaque no desenvolvimento de uma jurisprudência ativista na América Latina, principalmente no que tange à concretização dos direitos sociais, a partir da ampla possibilidade de acesso a sua jurisdição por meio desse tipo de demanda, que pode ser proposta por qualquer cidadão para a defesa dos seus direitos constitucionais fundamentais, quando estes resultem ameaçados ou violados por ação ou omissão de qualquer autoridade pública (CAMPOS, 2014, p. 122-123).

Um dos componentes para o avanço dos direitos fundamentais em prol do desenvolvimento social dos colombianos foi o ativismo da Corte em litígios estruturais, por meio da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Este mecanismo procedimental passou a ser utilizado pela jurisprudência constitucional da Colômbia a partir da constatação da existência de um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais (ações ou omissões persistentes por parte do Poder Público), cuja superação somente é possível mediante a adoção de um conjunto coordenado de medidas governamentais de natureza legislativa, executiva, administrativa e orçamentária, ou seja, de políticas públicas que envolvam uma pluralidade de atores públicos.

A declaração do ECI é realizada em sede de controle concreto de

[6] No título II da Constituição Colombiana encontram-se estabelecidos os direitos fundamentais (políticos e civis), os direitos sociais, econômicos e culturais, e os direitos coletivos e do meio ambiente, bem como os mecanismos de proteção e aplicação desses direitos, dentre os quais há a previsão da ação de tutela, nos seguintes termos:
"ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.
La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."

constitucionalidade, quando da revisão das decisões judiciais proferidas nas *acciones de tutela*[7] e foi utilizada pela Corte Constitucional da Colômbia pela primeira vez em 1997, em razão de demandas judiciais envolvendo a não filiação de professores municipais ao sistema de seguridade social.[8] Desde então, a Corte passou a desenvolver e aperfeiçoar o procedimento em uma série de decisões similares, como em relação à superpopulação carcerária[9], à falta de proteção para os defensores dos direitos humanos[10], à negativa de realização de concurso público para o provimento de cargos de notários[11]e a falhas no sistema de saúde pública[12].

Todavia, foi na paradigmática *sentencia* T-025 de 2004, concernente à emergência humanitária causada pelo deslocamento forçado de famílias em meio ao conflito armado colombiano, que se obteve maior êxito na resolução do litígio estrutural. A Corte Constitucional emitiu ordens flexíveis, deixando para o Poder Público a formulação das políticas públicas para o amparo dessa população vulnerável, bem como reteve a jurisdição e determinou a realização de Audiências Públicas periódicas para o monitoramento e deliberação contínuos sobre as medidas tomadas e o sucesso da sua implementação.[13]

---

[7] Conforme art. 86 da Constituição da Colômbia (*v*. nota 6) c/c art. 241, inciso 9, *in verbis*:
"ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...)
9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales."

[8] *Sentencia* SU-559/1997.

[9] *Sentencia* T-153/1998.

[10] *Sentencia* T-590/1998.

[11] *Sentencia* SU-250/1999.

[12] *Sentencia* T-760/2008. Neste caso, embora a Corte Constitucional da Colômbia não tenha declarado formalmente o ECI, ordenou uma série de medidas estruturais provisionais, bem como um processo de monitoramento com o fim de obrigar o governo a resolver os atrasos legislativos e administrativos que debilitavam gravemente o sistema de saúde pública e sobrecarregavam os tribunais com demandas judiciais de pacientes que reclamavam medicamentos e tratamentos básicos.

[13] Nessa sentença a Corte Constitucional Colombiana emitiu três ordens principais: a) a formulação de um plano coerente de ação pelo governo para resolver a emergência humanitária dos deslocados internos e superar o estado de coisas inconstitucional; b) o cálculo pela administração do recurso financeiro necessário para se pôr em prática um plano de ação como esse e explorar todas as vias possíveis para investir, na prática, a quantia calculada para os programas dirigidos aos deslocados internos; e c) a garantia de proteção pelo governo, no mínimo, do núcleo essencial da maioria dos direitos fundamentais das pessoas deslocadas, quais sejam, a alimentação, a saúde, a educação, a moradia e a terra. A Corte estipulou prazos para avaliar o progresso no cumprimento destas ordens, que envolviam tanto entidades administrativas nacionais como autoridades locais, bem como promoveu a coordenação tanto entre esses organismos administrativos, como entre as agências relacionadas indiretamente com o caso. Um ano após a sentença, como resposta direta à primeira ordem, o governo aprovou um Plano Nacional de Atenção Integral para a População Deslocada pela Violência. Além disso, formaram-se organizações e coalisões da sociedade civil com o propósito de contribuir para a execução da decisão da T-25, culminando com a criação da Comissão de Seguimento da Política Pública sobre o Deslocamento Forçado, que teve a tarefa, reconhecida pela Corte, de supervisionar o cumprimento da sentença. No curso de sete anos foram convocadas vinte e uma audiências públicas de monitoramento, nas quais houve a participação de uma grande variedade de atores governamentais e não-governamentais, e a Corte tomou mais de cem decisões de monitoramento mediante as quais restaram ajustadas as suas ordens às necessidades esboçadas pelas informações recebidas sobre o avanço no cumprimento da sentença (GARAVITO, 2014, p. 222-235).

Garavito, a partir de um detalhado estudo de caso das três principais sentenças estruturais da Corte Constitucional Colombiana, realiza uma comparação acerca do impacto relativamente profundo da mencionada decisão T-025 de 2004 em relação aos efeitos muito mais modestos das demais, quais sejam, a T-153 de 1998, que versou sobre a superpopulação carcerária, e a T -760 de 2008, sobre o direito à saúde (GARAVITO, 2014, p. 217-219). Norteando a sua pesquisa a partir das características das sentenças que contemplam o cumprimento dos direitos socioeconômicos que identificou como determinantes para a efetividade de suas consequências, analisou o jurista colombiano, o grau de força das declarações de exigibilidade judicial dos direitos em questão, das medidas judiciais adotadas e do monitoramento do cumprimento das respectivas decisões (GARAVITO, 2014, p. 233).

Concluiu o autor que as sentenças dialógicas como a T-025 – caracterizadas pelo monitoramento do cumprimento e pela declaração de exigibilidade dos direitos fortes, e por medidas judicias moderadas – têm um maior potencial para produzir efeitos gerais mais profundos no cumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afirma ele que *"esas sentencias tienen mayores efectos porque se ocupan de dos obstáculos prácticos fundamentales para la ejecución de las decisiones estructurales: la resistencia política y la capacidad institucional"* (GARAVITO, 2014, p. 236-239).

O sucesso dessa decisão na superação das falhas estruturais, vinculadas aos bloqueios políticos e institucionais que norteavam a situação de emergência humanitária dos deslocados internos[14], deveu-se ao ativismo dialógico da Corte Constitucional Colombiana, que além de adotar as medidas transformadoras do sistema em mau funcionamento, promovendo a colaboração e o diálogo entre os diferentes entes governamentais, possibilitou a deliberação democrática sobre problemas públicos.

A promoção da prática dialógica entre os ramos do Poder, a fim de superar a inação e a falta de coordenação entre as instituições relevantes, bem como o processo de monitoramento contínuo do cumprimento da sentença com o favorecimento do debate – a uma ampla variedade de atores governamentais e não governamentais – sobre os procedimentos a

[14] Bloqueios políticos no que diz respeito ao fato de a população *desplazada*, até então, não ter sido alcançada pela agenda política, ou seja, não constar na pauta do governo a previsão de uma política coerente para a proteção dos direitos dos deslocados internos em razão da violência civil na Colômbia, havendo a necessidade de uma ordem judicial para aplacar a inércia institucional. Bloqueios institucionais no que se refere à falta de coordenação entre as instituições relevantes para a formulação e implementação de uma política pública relacionada com essa situação de emergência humanitária, tendo sido estabelecido um *Comité de Coordinación Interadministrativo* a fim de promover a necessária colaboração entre os entes. Como assevera Garavito: "*La sentencia T-025 ha tenido efctos notables en el diseño de una política nacional a largo plazo para las PID, y también para estabelecer mecanismos para ejecutarla, financiarla y supervisarla. De hecho, un año después de la sentencia, como respuesta directa a la primera orden de la Corte, el gobierno aprobó un Plan Nacional de Atención Integral para la Población Desplazada por la Violencia*"(GARAVITO, 2014, p. 225).

serem adotados e a implementação das políticas públicas para concretização dos direitos sociais envolvidos, têm como paradigma o que Roberto Gargarella denomina de "constitucionalismo dialógico". Como aponta o autor, esse sistema pretende assegurar que o processo de tomada de decisão se assente em um *diálogo inclusivo*, a partir da noção de democracia deliberativa de Jürgen Habermas, no sentido de que as decisões legítimas são as que resultam de processos de discussão em que intervém em posição de igualdade todos os potenciais afetados (GARGARELLA, 2014b, p. 124).

A esse respeito, elucida Katya Kozicki, que essa concepção de democracia pretende conciliar a ideia de soberania popular com o resgate dos valores do liberalismo, especialmente no que tange ao seu componente moral. Neste sentido, a deliberação deve ser entendida como um método de tomada de decisão assentado na ideia *"de um livre debate, ou discussão, a ser realizado entre cidadãos livres, iguais e racionais, com vistas à obtenção de um resultado com o qual todos possam concordar, uma vez que todos serão por ele afetados"*(KOZICKI, 2004, p. 45), bem como no ideal de justificação política, isto é, um processo *"que seja em si mesmo legítimo ou que justifique o exercício do poder político"* (KOZICKI, 2004, p. 48).

O constitucionalismo dialógico tem sido recentemente celebrado por parte da doutrina que se centra na reivindicação do papel do Poder Legislativo, enquanto representante do povo, nos processos de tomada de decisões, marcados pela presença de um Poder Judiciário hiperativo e um Poder Executivo hiperpoderoso, bem como por aqueles que criticam a apropriação judicial da "última palavra" institucional em sede de controle de constitucionalidade de leis.[15] Todavia, a recuperação de um papel central para o Legislativo não se traduz automaticamente em uma recuperação do lugar e da voz do povo. Para a efetiva concretização dos ideais igualitários de um modelo deliberativo há que se levar em conta na tomada de decisões as necessidades, prioridades e particulares interpretações da coisa pública que possuem os cidadãos (GARGARELLA, 2014b, p. 149 - 151). Nesse passo, as audiências públicas, enquanto instrumentos de deliberação popular, podem representar uma aproximação entre os representantes dos poderes públicos e as expectativas da população de representados.

A superação do ECI traz em seu bojo o diálogo entre os Poderes[16] e, principalmente, destes para com o povo. E, com isso, a interação do controle de constitucionalidade com essas

[15] Sobre o tema, ver: MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

[16] Em relação ao tema, cabe mencionar o precursor estudo de Rosalind Dixon que, a partir de uma detalhada análise da decisão da Corte Constitucional Sul Africana no paradigmático litígio estrutural South Africa v. Grootboom (2000), apresentou uma teoria dialógica como modelo de cooperação entre as Cortes e os Parlamentos, aplicada

práticas deliberativas legitima democraticamente a atuação da Corte Constitucional. Por meio desses mecanismos de participação popular no processo de interpretação da Constituição, o novo constitucionalismo latino-americano – que abriga a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional – "dialoga" com o constitucionalismo democrático, como será pontuado a seguir.

4 Novo Constitucionalismo Latino-Americano, Constitucionalismo Democrático e a participação popular na tomada de decisão

A série de reformas constitucionais promovidas em boa parte dos países da América-Latina desde o final do século XX, tem como cerne, além do fortalecimento dos compromissos sociais, a busca da legitimidade democrática, vislumbrada a partir da participação política e da ativação da cidadania, bem como da primazia da soberania popular. Nesse sentido, as novas Constituições latino-americanas trouxeram alterações significativas nos mecanismos de participação popular, impulsionadas pela ideia de expansão e fortalecimento da democracia. Como pontua Uprimny, *"the reforms sought not only to restore representative democracy — itself momentous in overcoming military dictatorship — but also to create new spaces for citizen participation"*(UPRIMNY, 2011, p. 1594).

As reformas alcançaram esses objetivos por intermédio do reconhecimento e da expansão de mecanismos de democracia direta, como consultas populares, referendos e iniciativa popular; da consagração de formas de controle dos cidadãos sobre políticas públicas; da incorporação do instituto do Conselho Popular; e da inclusão do procedimento de revogação de mandatos (GARGARELLA, 2014a, p. 282). Como acentua Umprimny:

> "The transformative nature of recent Latin American constitutionalism has generally taken two tracks. First, the constitutions are rights rich, given that the recognition of collective, economic, social, and cultural rights— especially if they have legal protection—contributes to greater social equality and democratic transformation. Second, the constitutions also posit that the transformation to a more just society is made through an extension of democratic participation mechanisms, for which they have built—in addition to representative democracy—new spaces for democratic deliberation and mobilization". (UMPRIMNY, 2011, p. 1600)

Aponta o jurista colombiano que estas duas vocações transformadoras explicam dois novos recursos do recente constitucionalismo latino-americano, quais sejam: por um lado o esforço de repensar e reformular a democracia; e, por outro, a adoção de formas

diretamente aos direitos socioeconômicos e, com enfoque no potencial constitucional do Poder Judiciário para promover uma democracia constitucional inclusivista e responsiva, neutralizando obstáculos específicos do processo político (DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited*. International Journal of Constitucionalism Law, Oxford University Press:2007. p. 391-418). Sobre o aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir da deliberação e do diálogo entre poderes, sobretudo no âmbito dos direitos sociais e políticas públicas, conferir SILVA, Virgílio Afonso. *O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo. Vol. 250, Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 197-227.

constitucionais fortes na América Latina . Destarte, a maioria das Constituições abrem novos espaços e prevêm novas instituições para a concretização de uma democracia participativa. Além disso, incluem mecanismos de controle judicial de constitucionalidade, *"to ensure that the rights and welfare promises they make are not mere rhetoric, but are regulatory mandates with practical efficiency"* (UPRIMNY, 2011, p. 1601).

Nesse contexto, as Constituições surgidas a partir da década de 1990 são as que demonstram a feição mais forte do constitucionalismo na região. As reformas deste período foram engendradas via processos constituintes por iniciativa popular, a começar pela Colômbia em 1991, passando pela Venezuela (1999) e Bolívia (2006), e culminando no processo equatoriano de 2008. Esse movimento teve origem em levantes sociais e movimentos cívicos do final do século XX, em busca de um melhor quadro jurídico, político, econômico e social, mais adaptado às realidades regionais.

O novo paradigma constitucional que diferencia este modelo do "velho constitucionalismo", está na genuína dinâmica participativa e legitimadora que acompanha os processos constituintes, que passam ter como elementos característicos o referendo ativador, o referendo de aprovação do texto constitucional e a rigidez para a reforma constitucional (DALMAU, 2008, p. 6). Enquanto no modelo anterior *"se constatava um acordo entre as elites políticas e econômicas alheio à natureza soberana essencial do poder constituinte"*, no novo constitucionalismo latino-americano *"se evidencia uma dinâmica participativa e popular"* (VIEIRA, 2013, p. 126).

É partindo dessas premissas de participação e deliberação democrática e, levando-se em conta o cenário de constitucionalização de direitos e do empoderamento do Estado-Juiz vivenciado no contexto latino-americano, que se vislumbram pontos de convergência entre o novo constitucionalismo latino-americano e o "constitucionalismo democrático" proposto por Robert Post e Reva Segal. Esse modelo propõe que, embora os juízes detenham um papel fundamental na interpretação da Constituição, o Poder Legislativo, a Administração Pública e a sociedade, também devem ser considerados foros igualmente autorizados e relevantes para a construção de sentidos do texto constitucional. Isto é, os juízes devem atuar em conjunto com os atores políticos e os movimentos sociais a fim de *"codificar los valores progressistas de la Constituición"* (GARGARELLA; BERGALLO, 2013, p. 9-10).

Nesse sentido, a legitimidade democrática do direito constitucional residiria no *diálogo construtivo* (JARAMILLO, 2013, p. 12), que se forma a partir de interações entre o Poder Judiciário os outros ramos do poder público e o povo. Como preceitua Leonardo García Jaramillo, na abordagem do constitucionalismo democrático:

> "La forma más adecuada em la cual los tribunales desempeñan su función instituticonal es articulándose como partes em um extenso diálogo, em virtude del cual responden no sólo al estado de derecho y los principios de legalidade y seguridade jurídica, sino también ante las perspectivas populares de los valores constitucionales. Contribuyen así a la incorporación de tales valores al derecho" (JARAMILLO, 2013, p. 12).

Para Post e Siegel, a interpretação jurídica de previsões constitucionais que estabelecem os direitos civis norte-americanos convida a uma tomada de decisão que expresse valores nacionais, como a igualdade, a liberdade, a dignidade, a família ou a fé, estabelecendo um *nomos*, enquanto representação de uma identidade nacional (POST; SIEGEL, 2013, p. 50). Essa expressão, cunhada por Robert Cover, significa um *universo normativo*, que inclui as instituições e prescrições jurídicas, bem como as narrativas que as situam e lhes dão significado, constituindo, portanto, o *nosso mundo* tanto quanto a realidade material, sensível, o faz (COVER, 1983, p. 95-97).

Segundo os autores norte-americanos, esse *nomos* revela-se repleto de controvérsias, porque o povo estadunidense é heterogêneo em seus valores e visões acerca do que configura uma boa sociedade. A diversidade de narrativas contida nesse conceito é facilmente verificável nos debates acerca de ações afirmativas. Decisões judiciais sobre estes temas provocam a resistência popular, pois são tópicos sobre os quais os americanos discordam e se importam de forma passional. Este desejo de aplicar a Constituição de forma que reflita a sua compreensão dos ideais constitucionais não pode ser ignorado e, o distanciamento entre a compreensão dos profissionais do direito e a do povo acerca dos significados da Constituição, em questões cruciais, pode ameaçar a legitimação democrática do texto constitucional (POST;SIEGEL, 2013, p. 50-51).

Nesse contexto, descrevem Post e Siegel que nos Estados Unidos, o povo tem lutado continuamente para configurar a concepção da Constituição, por meio, por exemplo, de greves, protestos, mobilização política, do processo legislativo e de demandas judiciais, sendo que tais lutas têm como premissa a crença de que a Constituição deve expressar um *nomos* que os estadunidenses possam reconhecer como seu (POST; SIEGEL, 2013, p. 52).

O constitucionalismo democrático vê a discordância interpretativa como uma condição normal de desenvolvimento do direito constitucional, tendo como premissa o fato de que a autoridade da Constituição depende da sua legitimação democrática, a partir da habilidade da própria Constituição de inspirar os americanos a reconhecê-la como *sua* Constituição. Desta crença derivam as tradições de engajamento popular por meio do qual os cidadãos reivindicam significados ao texto da Constituição em oposição aos representantes do governo, bem como sobre as interpretações das Cortes quando da análise de importantes valores sociais.

Como destaca Reva Siegel, tendo em vista que a modificação de normas constitucionais é muito rara nos Estados Unidos, o ordenamento constitucional parece basear-se nas práticas de engajamento participativo para dar lugar a formas de responsividade democrática que são frequentemente associadas às práticas formais de criação ou mudança das normas constitucionais (SIEGEL, 2006, p. 1342). Nessa toada, assevera a autora:

> "In the United States, popular confidence that the Constitution is the People´s is sustained by understandings and practices that draw citizenry into engagement with questions of constitutional meaning and enable communication between engaged citizens and officials charged with enforcing the Constitution. In the absense of constitutional lawmaking, these practices engender the understanding that citizens can influence officials in the exercise of interpretative power.(...) Popular engagement in constitutional deliberation sustains the democratic authority of original acts of constitutional lawmaking and supplements constitutional lawmaking as a source of the Constitution´s democratic authority." (SIEGEL, 2006, p. 1342 - 1343)

O conteúdo do significado da Constituição é o resultado das lutas em torno da sua interpretação, sendo a atuação dos juízes e das Cortes na aplicação do direito constitucional primordial para a manutenção de uma perspectiva que reflita os ideais dos estadunidenses. O constitucionalismo democrático não se opõe à possibilidade de que os juízes exerçam um poder considerável ao controlar a conformidade das leis expedidas pelo Congresso e, em geral, dos atos dos poderes públicos, com a Constituição, garantindo assim a sua integridade e supremacia, bem como a vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais (JARAMILLO, 2013, p. 18).

No entanto, as práticas que facilitam uma comunicação constante e contínua entre os tribunais e o povo têm que ser suficientemente fortes "*para prevenir la alienación constitucional y para mantener la solidariedade em uma comunidade normativamente heterogênea*" (POST; SIEGEL, 2013, p. 53). O modelo proposto por Post e Siegel preza o papel essencial que a participação popular exerce direcionando e legitimando os institutos e práticas do controle judicial de constitucionalidade, reconhecendo que o sistema jurídico estadunidense se encontra fundado numa ordem constitucional que convida ao diálogo atores políticos e sociedade civil, acerca das questões envolvendo a interpretação constitucional.

No mesmo intuito, o engajamento deliberativo que deve ter lugar no procedimento de monitoramento do cumprimento das ordens judiciais flexíveis exaradas para a superação do Estado de Coisas Inconstitucional, promove a legitimação democrática da ordem constitucional num contexto de pluralismo sócio-político e cultural, a partir da construção da *última palavra* por meio do diálogo. Como assevera Jaramillo:

> "Em uma democracia, el constitucionalismo limita y empodera al gobierno para garantizar los fines del Estado. Em lugar de definir la naturaleza y el alcance de los derechos constitucionales desde uma torre de Babel donde los tribunales no hablan com los organismos estatales, el constitucionalismo democrático propugna uma concepción conforme a la cual la realización de las

> provisiones constitucionales adquiere su legitimidade y su efectividad como produto de um diálogo progressivo" (JARAMILLO, 2013, p. 19).

Na perspectiva da democracia deliberativa, levando-se em conta a heterogeneidade arraigada nas diferentes concepções de bem comum e de determinados valores, que norteia as complexas sociedades modernas, verifica-se *"a necessidade de se buscar um acordo, ou consenso, não quanto a estes valores, ou tentando a obtenção de um ideal que possa por todos ser compartilhado, mas sim quanto à forma que deve obedecer a tomada das decisões políticas"* (KOZICKI, 2004, p. 55).

Nesse sentido, são as Audiências Públicas de monitoramento que conferem legitimidade às medidas estruturais propostas pela Corte Constitucional em sede de ECI, ao passo que, como visto, promovem rodadas deliberativas sobre as questões públicas envolvidas, em que há uma ampla discussão entre os entes governamentais e os representantes e organismos da sociedade civil interessados no tema.

Diante do exposto até aqui, passa-se, por fim, à análise da possibilidade de adoção de um modelo dialógico, compatível com o constitucionalismo democrático, pelo STF na superação do ECI recentemente declarado no Brasil.

5 O STF e o diálogo na superação do ECI do sistema carcerário brasileiro

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi recentemente aventado como causa de pedir na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347[17], ajuizada perante o STF, que tem como objetivo, reparar o atual quadro de violações generalizadas de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro, no tocante à dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, além da assistência judiciária e resguardo dos direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Ao apreciar os pedidos de medida cautelar formulados na inicial[18], os Ministros reconheceram a existência de um quadro de violação massiva e persistente de direitos

[17] A ADPF 347 foi protocolada em 27/05/2015, pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), com base em representação elaborada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. O autor da ADPF, em síntese, busca que o STF reconheça e declare o "Estado de Coisas Inconstitucional" do sistema prisional brasileiro, e, diante disso, imponha a adoção de uma série de medidas voltadas à promoção da melhoria das condições carcerárias do país e à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia.

[18] Em 09/09/2015, o STF, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu parcialmente a cautelar para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Além disso, determinou-se à União, que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. O Tribunal, também por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, de concessão de cautelar de ofício, para que fosse determinado à União e ao Estado de São Paulo, que encaminhassem ao STF informações sobre a atual situação prisional nos sistemas penitenciários insertos em suas respectivas esferas de atribuição.

fundamentais, decorrente da falência de políticas públicas e de falha estrutural, representada pela ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes, cuja modificação depende de um conjunto de soluções que envolva a atuação coordenada de entes públicos dos diferentes níveis federativos, declarando o ECI do sistema penitenciário nacional.

Especificamente a respeito da situação carcerária, percebe-se que não há deficiência de proteção normativa, haja vista que a Lei de Execuções Penais e, em especial, os tratados internacionais de que é signatário o Brasil,[19] conferem, de maneira geral e abstrata, resguardo aos direitos dos presos. Todavia, por conta da desídia da Administração, não se emprestou concretude aos direitos abstratamente salvaguardados nos diplomas normativos já mencionados, dada a ineficácia das políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo. Como aponta Campos, *"os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestado verdadeira falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade"* (CAMPOS, 2015, p. 40).

A atuação do STF neste caso, portanto, vai além de procurar superar as deficiências na consecução de políticas públicas já existentes, mas sim pretende dar concretude a direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais. A injustificável inércia governamental em viabilizar o estabelecimento e a preservação de condições materiais mínimas de existência aos detentos exige a intervenção do Poder Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurado. Nesse sentido, no bojo do litígio estrutural em questão, cabe ao Supremo atuar para a superação dos bloqueios políticos e institucionais[20], promovendo a cooperação entre os Poderes Legislativo e Executivo nos processos de formulação e implementação das soluções necessárias, bem como o diálogo com a sociedade e o monitoramento do cumprimento e eficiência das medidas adotadas.

E, ao que parece, é este o modo de atuar que o STF pretende empregar quando do julgamento do mérito da ADPF 347, consoante se extrai do Voto do Relator, Min Marco Aurélio, ao apreciar a medida cautelar:

> "Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia,

[19] Cumpre mencionar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Prisioneiros.

[20] Bloqueios políticos no sentido de não haver qualquer iniciativa por parte dos poderes públicos para a superação do quadro de violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais dos presos, por se tratarem de uma minoria desprezada socialmente e sem representatividade política, gerando a sua defesa mais custos do que benefícios políticos para os representantes eleitos pelo povo. E, bloqueios institucionais, no que concerne à falta de coordenação e de alinhamento das capacidades institucionais dos poderes políticos para a formulação e implementação de políticas públicas viáveis e eficazes com relação à situação do sistema carcerário brasileiro.

> provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada (...)."

Para tanto, no que tange à abertura para a deliberação política e social na superação do ECI, que interessa aos objetivos deste artigo, mostra-se necessária a mudança de postura do Tribunal com relação ao instituto da Audiência Pública, para que este passe a ser o meio processual adequado e compatível com um constitucionalismo democrático, ou seja, para que efetivamente influencie as decisões dos Ministros do STF e promova a responsividade destes aos argumentos das autoridades públicas envolvidas e dos diferentes setores da sociedade civil interessados no tema.

Embora haja uma reconhecida tendência de promoção do diálogo, inaugurada com a Audiência Pública convocada no caso da Lei de Biossegurança[21] em 2007, atualmente, em consonância com a sua regulamentação legal[22], trata-se este mecanismo de participação popular como expediente meramente informativo, no qual os julgadores buscam esclarecer dúvidas ou ouvir a opinião de especialistas na matéria *sub judice*.

Nesse passo, cabe mencionar a pesquisa realizada por Miguel Gualano de Godoy, em sua recente tese de doutoramento, a partir da análise detalhada de todos os casos definitivamente julgados pelo STF até 2015, em que houve audiências públicas[23], a fim de aferir se estas, juntamente com os *Amici Curiae* (quando aceitos em conjunto), estão sendo encaradas como instrumentos de abertura ao diálogo e à participação popular (GODOY, 2015, p. 193-201). Para isso, utilizou-se da comparação entre as razões e argumentos expostos nas audiências públicas e pelos respectivos *amici curiae*, e as razões e argumentos dos votos dos Ministros do

[21] A primeira audiência pública realizada pelo STF foi convocada pelo Min. Ayres Britto, Relator da ADI 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), e ocorreu no dia 20 de abril de 2007.

[22] Nos termos do artigo 6°, parágrafo primeiro, da Lei n.°9.882/1999, que regulamenta o processo e julgamento da ADPF, após apreciado o pedido de liminar, poderá o relator, se entender necessário, "ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria". No mesmo sentido, o artigo 9°, parágrafo 1° e artigo 20, parágrafo 1°, da Lei n.° 9.968/1999, que regulamenta o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, dispõe que, "em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria". Além disso, mais recentemente, as audiências públicas no âmbito do STF foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para "*convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante*" debatidas no Tribunal.

[23] Lei de Biossegurança (ADI 3.510), Importação de Pneus usados (ADPF 101), Interrupção da Gestação de Feto Anencefálico (ADPF 54), Cotas (ADPF 186) e as já mencionadas ações envolvendo o direito à saúde.

STF.[24]

A partir dos resultados obtidos, o autor verificou que em todos os casos a grande maioria dos Ministros valeram-se, expressamente ou não, das razões e dos argumentos expostos em audiência pública ou pelos *amici curiae*, demonstrando que a participação da sociedade civil e de outros atores políticos por meio desses instrumentos processuais efetivamente influencia as decisões da Corte. Para o autor, restou demonstrada *"a efetiva permeabilidade do Supremo Tribunal Federal à participação de pessoas e instituições que se somam à análise dos casos sob julgamento"* (GODOY, 2015, p. 202).

Não obstante, consoante conclui Godoy, tanto a forma de utilização desses instrumentos, como a performance deliberativa do STF, precisa ser aperfeiçoada em prol de uma *"abertura democrático-deliberativa e dialógica"* (GODOY, 2015, p. 203). Isso por dois motivos, e aqui ater-se-á às razões vinculadas ao instituto da Audiência Pública, concernente aos escopos do presente estudo. Primeiro, porque a escolha das pessoas com notória experiência e autoridade no assunto que participarão das Audiências Públicas é um ato discricionário do Ministro Relator, assim como a decisão acerca de requerimentos de participação apresentados por iniciativa própria de especialistas nos assuntos trazidos à baila.[25] Segundo, porque esse instituto têm sido somente palco para a exposição de diferentes posições em relação ao caso, a fim de dar complementação informativa aos Ministros, o que não tem permitido que as Audiências Públicas *"sejam efetivo espaço de deliberação, com a apresentação, troca e debate de informações e argumentos"*(GODOY, 2015, p. 204).

O diálogo entre os representantes dos poderes estatais e os cidadãos em busca dos significados da Constituição, almejado pelo constitucionalismo democrático, não se harmoniza com a tradicional supremacia judicial, ou seja, não se concretiza em meio a situações em que as distintas partes não se encontrem em posição de igualdade, estando uma delas, na verdade, em um lugar de dominação (GARGARELLA, 2014b, p. 148).

---

[24] Na avaliação dessa comparação, utilizou-se o autor de dois critérios, um objetivo e outro subjetivo. O primeiro, a partir da verificação de referências expressas às audiências públicas e aos *amici curiae* na fundamentação dos votos dos Ministros. O segundo, a partir da análise se na fundamentação desses votos há a invocação de razões e argumentos iguais ou semelhantes àqueles apresentados nas audiências públicas e pelo *amici curiae*, ainda que inexistente referência expressa a eles, para o embasamento das decisões.

[25] Conforme se depreende do Regimento Interno do STF:
Art. 21. São atribuições do Relator:
(...)
XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.
XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria.

Para serem reconhecidas como uma instância de diálogo na perspectiva de uma democracia deliberativa, as Audiências Públicas a serem realizadas no bojo dos litígios estruturais devem expressar um cenário em que a sociedade e os poderes políticos efetivamente interajam, em que haja argumentos e contra-argumentos para a construção de uma linguagem comum, que remeta a uma estrutura de princípios coletivamente eleitos, numa sociedade complexa e plural (LORENZETTI, 2014, p. 353-354).

Destarte, no bojo da recente declaração do Estado de Coisas Inconstitucional em sede de controle judicial de constitucionalidade, longe de ser um instituto meramente informativo, a metodologia adotada pelo STF nas audiências públicas merece ser revisitada, enquanto meio de abertura deliberativa à sociedade, mediante a utilização de instrumentos dialógicos, a fim de se promover o debate entre iguais e a legitimação democrática das ordens estruturais flexíveis a serem proferidas em prol da efetividade dos direitos fundamentais dos presos.

6 Considerações Finais

Para além de uma decisão paradigmática de viés liberal progressista, o caso *Brown v. Board of Education* trouxe a lume um novo modo de atuar para a jurisdição constitucional, concebido ante a necessidade de se dar efetividade a uma decisão concretizadora de direitos fundamentais de uma minoria estigmatizada, nos idos de 1955, no sul dos Estados Unidos. O não cumprimento da decisão pelos entes públicos e instituições sociais envolvidas era devido ao *backlash*[26] que exsurgia de uma maioria branca com influência e poder, contrária à mudança no *status quo* segregacionista. Diante desse quadro de persistente inconstitucionalidade, e no exercício da sua função contramajoritária, a Suprema Corte norte-americana inova, a partir da emissão de nova ordem, agora estrutural, e uma consequente mudança de postura, da coerção para a colaboração. O cenário de inércia do poder público começa a mudar daí para frente adota-se a mesma fórmula para a reorganização estrutural de outras instituições, em busca a sua conformidade com a Constituição estadunidense.

Quarenta anos mais tarde, no contexto do novo constitucionalismo latino-americano, a Corte Colombiana tem uma inconstitucionalidade sistêmica para solucionar, no caso dos professores municipais que propuseram diversas *acciones de tutela* em razão da falha

[26] O termo *backlash* pode ser aqui entendido como forte reação social e/ou institucional contrária a mudanças decorrentes da decisão proferida pela Suprema Corte estadunidense.

do ente público em inscrevê-los no sistema de previdência social. Trata-se de problema estrutural que envolve diversos atores governamentais. É declarado, de forma inaugural, um "Estado de Coisas Inconstitucional" e adota-se um "novo" procedimento, que permitiu a reformulação de uma política pública já existente, para a sua superação. Alguns anos de experiências com este tipo de mecanismo em diversos casos ditam as regras para o sucesso e o pleno êxito resta obtido em 2004, com a *sentencia* T – 025, no caso dos deslocados internos em razão da violência civil (*desplazados*). Como principal motivo para o bom resultado está a agregação de mais uma diretriz a ser somada a questão da transformação por meio da colaboração, a abertura ao diálogo e à deliberação.

Quase sessenta anos depois da identificação da *structural injunction*, reconciliando-se com a jurisprudência dos países vizinhos, o STF declara o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, em que o quadro de inconstitucionalidades já ultrapassou os limites. Trata-se de situação excepcional, por envolver uma parcela da população estigmatizada, sem participação ou representação política e socialmente desprezada. O nome a designar o novel instituto não importa, mas sim o fato de se tratar de mecanismo procedimental que inova em razão da substância: a efetiva proteção de direitos fundamentais de um determinado grupo social, massivamente e reiteradamente violados.

E agora, qual vai ser o fim da história? A resposta está a depender de uma quebra de paradigma na atuação dos Ministros do STF no contexto das audiências públicas, em prol de um constitucionalismo democrático que reconheça no povo, também, um sujeito constitucional.

7 Referências

BERGALLO, Paola. *La causa "Mendoza": uma experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud*. *In*: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao "Estado de Coisas Inconstitucional"*. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASSELS, Jamie. *Judicial activism and public interest litigation in India: attempting the impossible?* American Society of Comparative Law, v. 37, n. 3, 1989.

COVER, Robert. *Nomos and Narrative* (1983). In: SARAT, Austin; RYAN, Michael; MINOW, Martha. *Narrative, Violence and the Law: The Essays of Robert Cover*. Michigan:The University of Michigan Press, 1995, p. 95-172.

DALMAU, Rubén Martinez. *Asembleas constituíntes e novo constitucionalismo en América Latina*. Tempo Exterior, n.° 17, julho a dezembro de 2008.

DIXON, Rosalind. *Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited*. International Journal of Constitucionalism Law, Oxford University Press:2007.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.* São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

GARAVITO, César Rodríguez. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. *In*: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latino-americano: promesas e interrogantes*. CEPAL – Serie Politicas sociales N.° 153, Santiago de Chile, nov/2009.

GARGARELLA, Roberto; BERGALLO, Paola. *Presentación*. In: POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Constitucionalismo democrático: Por uma reconciliación entre Constituición y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 9-10.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo em América Latina.* Katz Editores: Buenos Aires, 2014a.

_____. *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*. *In*: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014b.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais.* Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy:the origins and consequences of the new constitucionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

JARAMILLO, Leonardo García. *Introducción*. In: POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Constitucionalismo democrático: Por uma reconciliación entre Constituición y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 11-29.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos*, v. 96, Jul. 2013 p. 69-85.

KOZICKI, Katya. Democracia Deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 41, 2004.

LORENZETTI, Ricardo. *Las audiencias públicas y la Corte Suprema*. p. 353-354. *In*: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Constitucionalismo democrático: Por uma reconciliación entre Constituición y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SIEGEL, Reva B.. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA. *California Law Review*, vol. 94, 2006, p. 1323 - 1420.

SILVA, Virgílio Afonso. *O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo. Vol. 250, Rio de Janeiro: FGV, 2009.

_____. *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

UPRIMNY, Rodrigo. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, vol. 89, n. 7, 1587-1610.

VIEIRA, José Ribas; SANTOS, Fabiana de Alemeida Maia; MARQUES, Gabriel Lima; SOUZA, Rafael Bezerra de; DIAS, Sergio B. T. de Oliveira. *Impasses e Alternativas em 200 anos de Constitucionalismo Latino-Americano.* Revista e Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), n.° 5, Vol 2, julho-dezembro de 2013.

WEST, Robin. Progressive and Conservative Constitucionalism. *Michigan Law Review*, vol. 88:641, 1990, p. 641-721.