

**WILLIAM IVAN GALLO APONTE**

**JUSTIÇA CONSTITUCIONAL COMPARADA ENTRE A COLÔMBIA E O BRASIL:  
VESTÍGIOS, CONQUISTAS, DECLÍNIOS E CAMINHOS**

**CURITIBA**

**2021**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ**  
**ESCOLA DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JUSTIÇA CONSTITUCIONAL COMPARADA ENTRE A COLÔMBIA E O BRASIL:  
VESTÍGIOS, CONQUISTAS, DECLÍNIOS E CAMINHOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

WILLIAM IVAN GALLO APONTE

**CURITIBA**

**2021**

Dados da Catalogação na Publicação  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR  
Biblioteca Central  
Luci Eduarda Wielganczuk – CRB 9/1118

A644j  
2021 Aponte, William Ivan Gallo  
Justiça constitucional comparada entre a Colômbia e o Brasil : vestígios,  
conquistas, declínios e caminhos / William Ivan Gallo Aponte ; orientador:  
Daniel Wunder Hachem. – 2021.  
207 f. : il. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,  
Curitiba, 2021  
Bibliografia: f. 175-207

1. Direito constitucional. 2. Justiça. 3. Brasil. Supremo Tribunal Federal.  
4. Tribunais constitucionais – Colômbia. 5. Direitos sociais. 6. Igualdade.  
I. Hachem, Daniel Wunder. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.  
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Dóris 4. ed. – 341.2

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ATA Nº 646/2021 DA DEFESA PÚBLICA DE  
DISSERTAÇÃO DE WILLIAM IVAN GALLO APONTE**

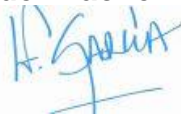
Aos trinta um dias do mês de março de dois mil e vinte e um, às 19:00 horas, tendo em vista o Estado de Emergência decretado em razão da pandemia do COVID19, reuniu-se remotamente com a utilização de aplicativo (ZOOM) que permite a inteiração de todos em tempo real, a banca examinadora constituída pelos professores: **Dr. Daniel Wunder Hachem (Orientador/presidente)**, **Dra. Luisa Fernanda García López (Universidad del Rosario)** e **Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira (UNISINOS)**, para examinar o trabalho do aluno **WILLIAM IVAN GALLO APONTE**, ingressante no programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, no primeiro semestre de dois mil e dezenove para a área de concentração “**Direito Econômico e Desenvolvimento**”. O aluno apresentou a dissertação intitulada: “**JUSTIÇA CONSTITUCIONAL COMPARADA ENTRE A COLÔMBIA E O BRASIL: VESTÍGIOS, CONQUISTAS, DECLÍNIOS E CAMINHOS**”, tendo iniciado com uma exposição sumária da dissertação e, em seguida, sendo procedida a arguição dos membros da Banca de Avaliação. Após a defesa do trabalho foram atribuídas notas e o mestrando foi **APROVADO** com média 10,0 (dez). A sessão encerrou-se às 21:00. Para constar a ata vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Nota: 10,0



\_\_\_\_\_  
**Dr. Daniel Wunder Hachem (Orientador)**

Nota: 10,0



\_\_\_\_\_  
**Dra. Luisa Fernanda García López (Universidad del Rosario)**

Nota: 10,0



\_\_\_\_\_  
**Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira (UNISINOS)**

Curitiba, 31 de março de 2021.

*À Norely e ao William, meus pais, que desde sempre me ensinaram o sentido social da nossa existência no mundo, a humildade e a honestidade...*

*Obrigado sempre pelo respeito e apoio diante do silêncio da minha ausência*

*A Norely y William, mis padres, quienes desde siempre me enseñaron el sentido social de nuestra existencia en el mundo, la humildad y la honestidad ...*

*Gracias siempre por el respeto y apoyo frente al silencio de mi ausencia*

## AGRADECIMENTOS

O fato de ter migrado para dar continuidade à minha formação acadêmica e profissional tem representado não só uma grande oportunidade, cheia de surpresas e aprendizados, mas o início de um novo caminho pessoal. O Brasil representa mais do que o país que me abriu suas portas para eu estudar, viver e ser feliz; é também ambiente propício para dar rédea solta às ideias intrigantes, ao espírito aventureiro.

Concluir o mestrado, um passo fundamental neste caminho, é um triunfo que eu não considero individual; há muitos que com seu afeto, apoio e confiança, participaram deste processo. Assim, antes de tudo, agradeço ao meu professor e orientador, Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem, que desde o início de minha vida acadêmica esteve atento às minhas perguntas, que confiou em mim, dando-me a oportunidade de vir ao Brasil, e que sempre tem estado presente, não apenas para remover as pedras que cruzam o caminho de um pesquisador, mas para me dar conselhos que guardo, valorizo e sigo com muita atenção e apreço. Para ele, palavras de agradecimento não são suficientes.

*A Norely, William, Katherine y Santiago, mi familia, por su confianza y apoyo constante.*

Ao professor Emerson Gabardo, um exemplo de professor e ser humano, a quem devo a oportunidade de conhecer o Brasil.

Ao Lucas da Silva Rudolpho – companheiro de alegrias, interlocutor das angústias sociais, ambientais e pessoais – obrigado pelo carinho, paciência, tranquilidade e sensibilidade que você me proporciona.

À professora Eneida Desiree Salgado, um exemplo de pessoa e pesquisadora, cujas recomendações, lições e reflexões constituem uma marca para aqueles de nós que estão começando neste caminho.

Ao meu amigo Felipe Klein Gussoli, que abnegadamente me deu sua confiança, amizade e abriu um espaço em sua casa durante a incerteza inicial enfrentada por qualquer cidadão que migra.

À minha amiga e professora Vivian Cristina Lima López Valle, que se tornou um apoio para minha vida. Agradeço por tudo o que ela representa.

À professora e amiga Ana Santano, uma incansável e competente batalhadora, muito obrigado por tudo o que você faz.

Aos grandes amigos que o Brasil me permitiu, Daniel Castanha de Freitas, Ana Cristina Viana, Giulia Rossi de Andrade, Lucas Bossoni Saikali, Letícia Kreuz e Rafaella Fácio,

obrigado pela alegria e angústia que nos permitiram ver além do estabelecido. Pela luta social, pelas cervejas e pelas gargalhadas sem fim. Também aos amigos Rodrigo Cabral, Erick Kiyoshi Nakamura, Mateus Graner e Camila Azevedo, pelo apoio e atenção de sempre.

*A los amigos en Colombia, quienes a pesar de la distancia están siempre presentes, Alejandro Sanabria, Lina María Becerra, Sarah Milkes, Irit Milkes, Cristian Gil, Lucía Muñoz, gracias por la incondicionalidad, por ser los interlocutores incansables. Asimismo, a Karoll Ramirez, Mariana Velez, Javier Ortiz, David Solano, Marco Feria, Angelica Giraldo, entre otros, quienes nunca dejaron de estar pendientes y atentos para reír o simplemente intercambiar una idea. Me siento afortunado de contar con ustedes.*

Ao professor Gabriel Marques, da Universidade Federal da Bahia, por sua generosidade em compartilhar bibliografia e conhecimento.

Aos membros da banca, professores doutores: Luisa Fernanda García López e Anderson Vichinkeski Teixeira, pelo tempo, atenção e disposição para participar na defesa deste trabalho.

Aos membros do escritório de internacionalização da PUCPR que, com seu acolhimento e cordialidade, me integraram num grupo de estudantes de todo o mundo, com os quais compartilho hoje uma grande amizade. A estes últimos, obrigado por tantos momentos de alegria em cada canto do mundo.

Às pessoas e aos funcionários que organizaram minha visita, curta, mas proveitosa, às bibliotecas da Universidad Complutense de Madrid, na Espanha, da Università degli Studi di Ferrara e da Università di Bologna, na Itália, e da Bibliothèque Nationale de France, em Paris. Minha breve passagem pela Europa me devolveu com uma mala cheia de experiências e explorações bibliográficas.

À Pontificia Universidade Católica do Paraná, e em particular à Escola de Direito e ao Programa de Pós-Graduação em Direito, que são os realizadores do sonho que começa com este trabalho. Obrigado por todas as oportunidades que me dão todos os dias.

À Eva e à Nerissa, do grupo de apoio do PPGD da PUCPR, pela paciência, atenção e apoio que me deram desde a minha chegada ao Brasil.

À Fundação CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), pela bolsa de estudos concedida para o avanço dos meus estudos de mestrado.

À minha casa, a Universidad Externado de Colômbia, e a todas as autoridades que, por meio dela, contribuíram para a consolidação deste propósito. Obrigado pelo apoio incondicional, cuidado e atenção em cada passo dado no Brasil para desenvolvimento desta pesquisa.

Finalmente, não posso esquecer de mencionar as ocasiões em que andei pela Avenida Paulista, tomei um café em Pinheiros, na Bela Vista, em Moema, em São Paulo; vi o pôr-do-sol em Copacabana ou em Ipanema no Rio de Janeiro; fiquei comovido com a majestade dos Lençóis Maranhenses e assisti a um mar que não tem tamanho enquanto passava uma tarde em Itapuã na Bahia. Esses momentos me fazem pensar sobre a sorte que tenho na vida. Sou grato por esses momentos de reflexão, que espero nunca sejam suficientes.



## RESUMO

Nos dias atuais, fatores como a desconfiança do povo em relação às instâncias tradicionais de deliberação pública, como os Poderes Executivo e Legislativo, conduziram a um protagonismo e um fortalecimento do Poder Judiciário e dos Tribunais Constitucionais na tomada de decisões políticas relevantes para a democracia. É o que ocorreu nas últimas três décadas com a Corte Constitucional colombiana e o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Com vistas a gerar caminhos ou possíveis soluções para um melhor desempenho da jurisdição constitucional na Colômbia e no Brasil, a pesquisa tem como objetivo geral analisar os vestígios, as conquistas e os declínios do comportamento judicial da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal. Para alcançar esse objetivo adotou-se uma metodologia sistemática e dedutiva, numa abordagem de Direito Comparado baseada na tentativa de gerar premissas entre os fundamentos jurídicos e as razões históricas e culturais que explicam a concepção do Direito e da justiça constitucional, tanto no Brasil como na Colômbia. Na conclusão o trabalho pretendeu responder as seguintes indagações: Como se chegou até aqui? O que deveria ser reconhecido? Quais têm sido os problemas? Como proceder? Qual poderia ser o caminho? A história traça elementos do constitucionalismo estadunidense e europeu que se inserem nas identidades próprias dos sistemas jurídicos brasileiro e colombiano. O reconhecimento das conquistas evidencia os avanços na consolidação e na estabilização das estruturas democráticas, uma maior amplitude dos modelos de participação quase inoperantes ao longo da história e a possibilidade de conceber a Constituição como prática social. Contudo, os riscos e declínios vêm sendo traduzidos na lesão do princípio democrático, nas contraindicações aparentes ao princípio da igualdade e no comportamento judicial solipsista por trás de institutos jurídicos incompreensíveis desde a ótica do Direito, muitas vezes sob o leque da moralidade subjetiva. O futuro é incerto; faz-se necessário, portanto, um diagnóstico da situação de emergência para que assim se sugira um tratamento com base no exercício hermenêutico e na adequada institucionalidade da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal. Esse tratamento inclui novos caminhos para a judicialização dos direitos sociais e a redução das desigualdades materiais.

**Palavras-chave.** Justiça constitucional; Supremo Tribunal Federal brasileiro; Corte Constitucional colombiana; direitos sociais; igualdade.

## ABSTRACT

Nowadays, factors such as the people's distrust of traditional instances of public deliberation, such as the Executive and Legislative Powers, have led to a leading role and a strengthening of the Judiciary and Constitutional Courts in making political decisions relevant to democracy. To generate paths or possible solutions for a better performance of the constitutional jurisdictional activity in Colombia and Brazil, the research has as a general objective to analyze the vestiges, achievements, and declines of the judicial behavior of the Colombian Constitutional Court and the Brazilian Supreme Federal Court. To achieve this objective, a systematic and deductive methodology was adopted, in a comparative law approach, based on the attempt to generate premises between the legal foundations and the historical and cultural reasons that explain the conception of law and constitutional justice in both Brazil and Colombia. Finally, the paper concludes by answering the following questions: How did it get this far? What should be recognized? What have been the problems? How to proceed? What could be the way? History traces elements of US and European constitutionalism that blend with identities of the Brazilian and Colombian legal systems. The recognition of the achievements shows the advances in the consolidation and stabilization of democratic structures, a wider range of participation models that were almost inoperable throughout history, and the possibility of conceiving the Constitution as a social practice. However, the risks and declines have been translated into the injury of the democratic principle, the apparent contraindications to the equality principle, and the solipsist judicial behavior behind incomprehensible legal institutes from the law's point of view, many times under the fan of subjective morality. Like everything future, it is uncertain; however, a diagnosis of the emergency is necessary to suggest a treatment based on the hermeneutic exercise and the adequate institutionality of the Colombian Constitutional Court and the Brazilian Supreme Federal Court. This treatment includes new paths for the judicialization of social rights and the reduction of material inequalities.

**Keywords.** Constitutional Courts; Brazilian Supreme Federal Court; Constitutional Court of Colombia; social rights; equality.

## RESUMEN

En la actualidad, factores como la desconfianza del pueblo hacia instancias tradicionales de deliberación pública, como el Poder Ejecutivo y el Legislativo, han propiciado un protagonismo y fortalecimiento del Poder Judicial y de los Tribunales Constitucionales en la toma de decisiones políticas relevantes para la democracia. Con el fin de generar caminos o posibles soluciones para un mejor desempeño de la actividad jurisdiccional constitucional en Colombia y Brasil, la investigación tiene como objetivo general, analizar los vestigios, las conquistas y los declives del comportamiento judicial de la Corte Constitucional de Colombia y del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Para lograr este objetivo, se adoptó una metodología sistemática y, con un enfoque de derecho comparado, basado en el intento de generar acuerdos entre los supuestos legales y las razones históricas y culturales que explican la concepción del derecho y la justicia constitucional, tanto en Brasil como en Colombia. En la conclusión, el trabajo respondió a las siguientes preguntas: ¿Cómo se ha llegado hasta aquí? ¿Qué hay que reconocer? ¿Cuáles han sido los problemas? ¿Cómo proceder? ¿Cuál podría ser el camino para seguir? La historia traza elementos del constitucionalismo estadounidense y europeo que se mezclan con las identidades de los sistemas jurídicos brasileño y colombiano. El reconocimiento de los logros destaca los avances para la consolidación y la estabilización de las estructuras democráticas, un mayor abanico de los modelos de participación que habían sido casi inoperantes a lo largo de la historia, y la posibilidad de concebir la Constitución como una práctica social. Sin embargo, los riesgos y declives se han traducido en la lesión del principio democrático, en las contraindicaciones aparentes al principio de igualdad y el comportamiento judicial solipsista detrás de institutos jurídicos incomprensibles desde el punto de vista del Derecho, justificados bajo la bandera de la moral subjetiva. Como todo futuro, es incierto; sin embargo, es necesario un diagnóstico de la situación de emergencia para sugerir un tratamiento basado en el ejercicio hermenéutico y en la adecuada institucionalidad de la Corte Constitucional colombiana y del Supremo Tribunal Federal brasileño. Este tratamiento incluye nuevos caminos para la judicialización de los derechos sociales y la reducción de las desigualdades materiales.

**Palabras clave.** Justicia constitucional; Supremo Tribunal Federal de Brasil; Corte Constitucional colombiana; derechos sociales; igualdad.

*Sobre o trabalho da comparatista Imogene:*

*“Ela também entende que sua comparação, se quiser ser feita às claras, deve necessariamente passar por um corte, talvez por alguma forma de exílio que a separe do mundo suavizado de onde ela vem. Ela está ciente, no entanto, que uma ruptura dessa natureza - uma emancipação - só pode agir até aí”.*

**Como ler o Direito Estrangeiro**  
Pierre Legrand

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>Capítulo 1. Os vestígios demonstrativos das variações no comportamento decisório da jurisdição constitucional na Colômbia e no Brasil.....</b>	<b>19</b>
1.1. A herança do constitucionalismo revolucionário francês e estadunidense e seus reflexos no desenho do modelo de Estado Constitucional de Direito. A justiça constitucional: uma questão de autoridade ou de poder? .....	19
1.2. O controle de constitucionalidade e a validade da vontade democrática do Constituinte.....	31
1.3. O desenho político-jurídico da jurisdição constitucional no Brasil e na Colômbia e seus reflexos no protagonismo da atividade judicial .....	42
<b>Capítulo 2. Conquistas e avanços do exercício da jurisdição constitucional na Colômbia e no Brasil .....</b>	<b>51</b>
2.1. O caráter interventivo da jurisdição constitucional como pressuposto da democracia.....	52
2.2. O constitucionalismo como remédio: as conquistas da luta das minorias, a garantia da dignidade humana e a estabilidade do sistema democrático .....	63
2.3. O constitucionalismo temporário: a construção e a estagnação das conquistas sociais constitucionais .....	79
<b>Capítulo 3. Os declínios do exercício da jurisdição constitucional na Colômbia e no Brasil .....</b>	<b>88</b>
3.1. Democracia vs. Constitucionalismo: do argumento da “grave lesão do princípio democrático” à “compatibilidade” com a democracia?.....	89
3.2. A promoção de um “constitucionalismo de encantamento” nos tribunais constitucionais .....	102
3.3. Comportamento judicial solipsista: os juízes contra a Constituição e a atuação da jurisdição constitucional sob o leque da moralidade subjetiva.....	115
<b>Capítulo 4. Caminhos para um melhor desempenho da jurisdição constitucional: A construção de “ideais reguladores” para a Corte Constitucional e o Supremo Tribunal Federal .....</b>	<b>123</b>
4.1. Diagnóstico da situação de emergência com base no exercício hermenêutico e da institucionalidade nos tribunais constitucionais .....	123
4.2. Soluções para os problemas do desempenho hermenêutico e dos esforços institucionais: correções e novos caminhos ou direções .....	135
4.3. Novos caminhos para a judicialização dos direitos sociais e a redução das desigualdades materiais .....	148
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>163</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>175</b>

## INTRODUÇÃO

A análise da garantia proporcionada aos indivíduos pela legalidade foi marcada pela ingenuidade. Ao esperar que o Parlamento derogue uma norma que ele mesmo aprovou, com base num pronunciamento de defeito legal feito por outro órgão, seria politicamente pueril. O Legislativo era apenas o criador livre da lei, e não um órgão de sua aplicação, portanto, para que as restrições jurídicas impostas ao legislador fossem eficazes, um órgão diferente e independente deveria ter o poder de anular seus atos inconstitucionais. Nesse sentido, a proposta de Kelsen de formação de um órgão que correspondesse a um tribunal constitucional foi marcada por múltiplas objeções. Entre elas, a de que um tribunal constitucional seria incompatível com a soberania do Parlamento, e, até mesmo, que seria contrária à soberania do povo. Por isso, representaria um desequilíbrio contra o princípio da separação de poderes. De acordo com essa objeção, a anulação de um ato legislativo por um órgão que não fosse o próprio Legislativo corresponderia a uma interferência indevida dos outros poderes.<sup>1</sup>

Essas e outras objeções deixaram de ser radicais à medida que diferentes sistemas jurídicos atribuíram funções constitucionais aos tribunais ordinários ou estabeleceram tribunais constitucionais independentes. A discussão sobre se a jurisdição constitucional deveria ser abolida ou mantida foi superada pela controvérsia em relação à forma de seu exercício, o desenvolvimento do controle sobre a constitucionalidade das leis, a compatibilidade das funções com a democracia e, o estabelecimento de limites à competência dos tribunais constitucionais. Até que ponto os tribunais constitucionais devem ir quando estão protegendo os direitos fundamentais e quando estão julgando a constitucionalidade de uma lei?<sup>2</sup> Essa questão, com múltiplas perspectivas – político-eleitorais, sociais, econômicas, ambientais, entre outras – tem sido o eixo do debate que acompanha os acadêmicos de Direito Público pelas últimas décadas.

As últimas décadas no mundo ocidental são caracterizadas pelo produto de um contexto marcado por movimentos sociais próximos às fronteiras de regimes relativamente democráticos. Essa proximidade deu-se após o silenciamento da defesa dos direitos humanos por déspotas e ditadores, permitindo que, de alguma maneira, um grande número de países se

---

<sup>1</sup> VINX, Lars. **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 22–78. DOI. <http://doi.org/10.1017/CBO9781316136256.003>, p. 44-47.

<sup>2</sup> BERNAL, Carlos. En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes. **Revista Derecho del Estado**, n.7, dez, 1999. pp. 121-138.

declarassem democráticos. Essas declarações introduziram novos desafios, entre eles compreender sob quais condições e como os movimentos sociais minam a democracia, em que medida e como os processos de democratização influenciam o surgimento e a ascensão dos movimentos sociais e qual é a nova relação entre os movimentos sociais e as instituições democráticas.<sup>3</sup>

A democratização, segundo Charles Tilly, corresponde a uma sequência de passos que um regime dá para alcançar níveis relativamente altos de amplitude, regularidade, igualdade, consulta obrigatória, proteção e criação da cidadania. Essa sequência corresponde ao caráter aspiracional das constituições contemporâneas, como as do Brasil, de 1988, e da Colômbia, de 1991.<sup>4</sup> O problema, então, foi que esses passos não alcançaram os níveis almejados, levando ao declínio [atual] da democracia e à conseqüente ativação da justiça através de mecanismos constitucionalmente estabelecidos para a proteção e restauração dessas aspirações.

Neste sentido, a justiça constitucional em geral, e os tribunais constitucionais em particular, tornaram-se o instrumento para organizar os passos lógicos conducentes à democratização, bem como para tratar, em diversas situações, as reivindicações dos movimentos e lutas sociais. Com base nessa premissa, vale a pena perguntar-se: os tribunais constitucionais estavam preparados para organizar os passos lógicos da democratização e/ou para tratar em larga escala as reivindicações resultantes das lutas sociais? A resposta a essa pergunta é tão ampla quanto a forma pela qual os poderes desses tribunais foram estabelecidos nas constituições contemporâneas.

Os tribunais constitucionais, em alguns casos, encontraram um contexto marcado por algumas constituições de fachada ou certos legados de constituições autoritárias; em outros, uma significativa fragmentação dos partidos políticos e uma falta de clareza em relação às plataformas política. Encontraram um compromisso subdesenvolvido com os direitos e o Estado de direito, uma sociedade civil enfraquecida pela repressão de atores não estatais, movimentos populares sob governos não democráticos, e uma estrutura econômica variável e excludente.<sup>5</sup>

A superação desses contextos viu nos tribunais constitucionais uma oportunidade para a solidificação de suas expectativas e, talvez, uma instituição própria para a construção da

---

<sup>3</sup> TILLY, Charles; WOOD, Lesley J. **Los movimientos sociales, 1768-2008**: Desde sus orígenes a Facebook. Barcelona: Crítica, 2009. pp. 165-167; p. 246.

<sup>4</sup> TILLY, Charles; WOOD, Lesley J. **Los movimientos sociales, 1768-2008**: Desde sus orígenes a Facebook. Barcelona: Crítica, 2009. p. 249.

<sup>5</sup> DALY, Tom Gerald. **The Alchemists**. Questioning our faith in Courts as democracy-builders. New York: Cambridge University Press, 2017, p. 278-279.

democracia. Esse otimismo abriu caminho para outro desafio: além de entender como a função jurisdicional pode mitigar as patologias da democracia contemporânea, é necessário dar atenção para que esse exercício não socave o processo de democratização, a cultura do constitucionalismo, a pluralidade, a deliberação e as virtudes cívicas embutidas nos processos constituintes.<sup>6</sup>

Não é à toa a escolha da Colômbia e do Brasil como estudos de caso deste trabalho. Assim como o tribunal constitucional sul-africano – que goza de relativa segurança institucional e grande reputação pela tecnicidade de suas decisões<sup>7</sup> - e a experiência dos tribunais constitucionais em países como Hungria e Polônia – que evidencia uma perda de valor dos princípios e fundamentos da ordem constitucional moderna, bem como a crise e os riscos democráticos dos sistemas constitucionais-<sup>8</sup>, tanto a Corte Constitucional da Colômbia como o Supremo Tribunal Federal do Brasil estão sob os olhares dos estudiosos internacionais para analisar seus vestígios, virtudes, riscos e declínios.

A Corte Constitucional da Colômbia goza de uma grande reputação; digna representante do modelo Kelseniano, foi catalogada como um tribunal ativista, uma instituição chave da transformação democrática<sup>9</sup> que tem sido coerente com o constitucionalismo transformador devido à ampla e significativa governança que lhe foi imposta, já que não só tem sido protagonista nos casos mais controversos quanto à liberdade individual – dando voz e apoio a setores que tradicionalmente são marginalizados e/ou discriminados – mas também tem revolucionado a garantia dos direitos sociais e, em algumas ocasiões, servido como protetora contra déspotas que querem se manter no poder. A Corte Constitucional, nas palavras de Tom Daly, é uma “*starcourt*” que entrou no panteão internacional dos tribunais, comparando-se à

---

<sup>6</sup> DALY, Tom Gerald. **The Alchemists**. Questioning our faith in Courts as democracy-builders. New York: Cambridge University Press, 2017, p. 279.

<sup>7</sup> ROUX, Theunis. Principle and pragmatism on the Constitutional Court of South Africa. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 7, nu. 1, janeiro 2009, Pag. 106–138, <https://doi.org/10.1093/icon/mon029>.

<sup>8</sup> WYRZYKOWSKI, Mirosław. Experiencing the Unimaginable: the Collapse of the Rule of Law in Poland. **Hague J Rule Law**, n.11, p. 417–422, 2019. <https://doi.org/10.1007/s40803-019-00124-z>; DRINÓCZI, Tímea; BIÉN-KACALA, Agnieszka. Illiberal constitutionalism in Hungary and Poland: The case of judicialization of politics. In BIÉN-KACALA, Agnieszka, et. al. **Liberal constitutionalism- between individual and collective interest**. Torún: Wydział Prawa i Administracji/ Faculty of Law and Administration, p. 73- 108, 2017.

<sup>9</sup> SCHOR, Miguel. An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: The Cases of Mexico and Columbia. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n.1, p. 173-194, 2009. Outros estudos sobre a Corte Constitucional Colombiana no nível internacional: Cfr. DIXON, Rosalind; ISSACHAROFF, Samuel, Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy. **Wisconsin Law Review**, n. 16, 2016, DOI <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2726045>; LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy. **UC Davis Law Review**. Public Law Research Paper No. 907, 1313, 2020, p. 1319-1320. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3366602>, que analisam questões de judicialização da democracia e da reforma constitucional na Colômbia. Sobre a erosão democrática e o desempenho da Corte colombiana: HUQ, Aziz Z. Democratic erosion and the courts: comparative perspectives. **New York University Law Review**, v. 23, n. 21, 2018.



Suprema Corte dos Estados Unidos ou ao Tribunal Constitucional Federal alemão (“*Bundesverfassungsgericht*”), a título de exemplo.<sup>10</sup>

No caso do Supremo Tribunal Federal do Brasil, o impacto e o interesse de suas decisões foram além das fronteiras deste país continental. Mas, porque o Brasil? *Why Brazil?* foi a pergunta feita por Tom Daly em *The Alchemists*. A resposta abrange múltiplos fatores, tais como a forma institucional particular do Supremo Tribunal Federal antes e depois da Constituição de 1988, o papel de tribunal constitucional na cúpula do judiciário, a transmissão pública de suas decisões<sup>11</sup> e seu papel na transição democrática após a ditadura, com o devido questionamento como facilitador para a reparação da arbitrariedade do período de obscurantismo.<sup>12</sup>

Tanto a Corte Constitucional como o Supremo Tribunal Federal dialogam sobre a referência de jurisprudência para apoiar casos análogos,<sup>13</sup> bem como o transplante ou a adoção de figuras próprias da Corte Constitucional, como foi o caso da teoria do “estado de coisas inconstitucional”,<sup>14</sup> para tentar resolver problemas estruturais em contextos como o Brasil, que é marcado por características sociais semelhantes, porém com circunstâncias históricas diferentes. O acima exposto permite entender que ambos os tribunais possuem uma importante proximidade na prática; no entanto, há uma dúvida se comparado ao cenário acadêmico. Este trabalho tem por pretensão contribuir nesse aspecto.

Ambos os tribunais foram classificados pela doutrina como tribunais ativistas.<sup>15</sup> Entretanto, existe algum consenso sobre o que significa um tribunal ou uma corte ativista? Na verdade, a resposta a essa pergunta corresponderá à perspectiva do intérprete.

<sup>10</sup> DALY, Tom. *The Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy- Builders*. **Global Constitutionalism**, 6:1, pp. 115-116. Cambridge University Press, 2017. DOI:10.1017/S204538171600023X.

<sup>11</sup> DALY, Tom Gerald. **The Alchemists**. Questioning our faith in Courts as democracy-builders. New York: Cambridge University Press, 2017, p. 12. Outros trabalhos: AHMED, Farrah; KHAITAN, Tarunabh. Constitutional Avoidance in Social Rights Adjudication. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 35, n. 3, 2015, pp. 607–625 DOI:10.1093/ojls/gqv003; FERRAZ, Octavio L. M. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. **South Texas Law Review**, v. 89, n. 7, 2011, pp. 1643-1668.

<sup>12</sup> Sobre este assunto, ver os trabalhos de Juliano Zaiden Benvindo, em particular; BENVINDO, Juliano Zaiden. Juiz e historiador, direito e histórica: Uma análise crítico-hermenêutica da interpretação do STF sobre a Lei de Anistia. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, n. 2, pp. 185-205, mai./ago. 2012.

<sup>13</sup> Principalmente a referência feita pelo Supremo à Corte, nas decisões; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 607107. Relator. Min. Luis Roberto Barroso, 12 de fevereiro de 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4983, Relator. Min. Marco Aurélio, 06 de outubro de 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 670422, Relator. Min. Dias Toffoli, 15 de agosto de 2018, entre outros.

<sup>14</sup> É o caso do estado de coisas inconstitucional incorporado na jurisprudência brasileira através da decisão: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 347. Relator. Min. Marco Aurélio, 27 de agosto de 2015.

<sup>15</sup> Para o caso do Supremo Tribunal Federal, veja-se a análise de: BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, pp. 23-32 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388> Acesso em: 24 de agosto de 2020;

Percebe-se um tribunal ativista como aquele que luta contra as ações inconstitucionais dos outros poderes, que desconsidera precedentes, que vai além do texto normativo em suas decisões e, talvez, aquele que é fortemente cooptado por uma ideologia diversa daquela de quem está analisando. Desde 1947, quando Arthur Schlesinger, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, referiu-se ao "ativismo judicial" para transmitir ideias sobre a lei, sua aplicabilidade na arena acadêmica, mesmo judicial, passou de termo pejorativo ou comportamento negativo do Judiciário para um conceito benevolente de mudança social. Segundo Keenan Kmiec, o que parece consenso é que o "ativismo judicial" tem tantos significados diferentes, até mesmo contraditórios, que significa pouco ou nada.<sup>16</sup>

Em "*The Scientific Study of Judicial Activism*", Frank Cross e Stefanie Lindsquist procuram superar qualquer preconceito ideológico sobre o ativismo judicial medindo a probabilidade de um juiz proferir uma decisão, mesmo quando o argumento jurídico não é forte. Os autores identificam um juiz supostamente ativista em termos de o quão deferente ele ou ela é em relação aos outros poderes públicos. Eles observaram, ainda, que a ofensiva agressiva contra o ativismo, particularmente nos Estados Unidos, é virtualmente conservadora e modesta. Ou seja, de acordo com o comportamento da Suprema Corte, os autores identificam e diferenciam um ativismo conservador de um ativismo liberal,<sup>17</sup> o que torna ainda mais difícil a sua compreensão.

---

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos**. No. 96, pp. 81-82. Jul / 2013; KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE. A ADPF 347 e o "Estado de Coisas Inconstitucional": ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 53, p. 147-181, jul./dez. 2018; SANTANO, Ana Cláudia; DA SILVEIRA, Geovane Couto. Entre democracia, política e ativismo: a relação entre os anseios sociais e o papel do judiciário. In: DE ANDRADE, Luiz Gustavo; ARRAES, Roosevelt (org.). **Guardiania Judicial: Entre a segurança jurídica e a política**. Curitiba: Appris, 2018, p. 65-88. No caso da Corte Constitucional colombiana: CASTAÑO, Jairo Andrés. Análisis económico del activismo judicial: el caso de la corte Constitucional colombiana. **Revista Derecho del Estado**, n. 31, jul/dic 2013; RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. Los efectos del activismo judicial sobre los derechos sociales en el Sur Global. Un marco analítico. In: Juicio a la exclusión. **El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015, pp. 22-25, Disponível em: [http://www.dejusticia.org/files/r2\\_actividades\\_recursos/fi\\_name\\_recurso.758.pdf](http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.758.pdf). Acesso em: 15 de julho de 2020.

<sup>16</sup> KMIEC, Keenan D. The origin and Current Meanings of "Judicial Activism". **California Law Review**. V. 92, n. 5, out. 2004, pp. 1441-1477, Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3481421>; Veja-se também: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 169-185, abr. 2014. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/490-2258-2-pb.pdf>>.

<sup>17</sup> CROSS, Frank; LINDSQUIT, Stefanie. The Scientific Study of Judicial Activism. **Vanderbilt Law and Economics Research Paper**, n. 06-23. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=939768>

Segundo Thijmen Koopmans, o ativismo judicial é mais que uma atitude, é um clima jurídico radicado tanto na mente dos juízes quanto nas raízes da sociedade.<sup>18</sup> Por essa razão, tentar trasladar a ideia de que um tribunal é ativista, como entendido nos trabalhos acadêmicos estadunidenses, parece inútil ou pelo menos insuficiente em contextos constitucionais como da Colômbia ou do Brasil. A diversidade de suas funções, bem como a natureza de suas decisões, podem ser objeto de críticas e de elogios, dependendo da posição acadêmica de quem analisa, da concordância com a leitura constitucional realizada e até mesmo de interesses particulares envolvidos. Por isso, é preferível fazer uma análise do comportamento sempre sujeita à Constituição. A partir daí, é possível fazer um julgamento sobre se uma decisão é virtuosa ou perigosa.

A prova disso é o impacto do comportamento da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal. Seja negativo ou positivo, seja qual for a perspectiva que se queira adotar, o contexto das manifestações populares deslocou sua ágora. O nível de protestos em frente ao Palácio da Justiça em Bogotá não é comparável aos que calorosamente ocorreram em frente ao Supremo Tribunal Federal na Praça dos Três Poderes, em Brasília, por exemplo.

Com vistas a gerar caminhos ou possíveis soluções para um melhor desempenho da atividade da jurisdição constitucional na Colômbia e no Brasil, este trabalho tem como objetivo geral analisar os vestígios, as conquistas e os declínios do comportamento judicial da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal. Para alcançar esse objetivo geral foram traçados os seguintes objetivos específicos: (a) Explorar os vestígios demonstrativos das variações no comportamento decisório da jurisdição constitucional na Colômbia e no Brasil; (b) Identificar as conquistas e avanços do comportamento decisório da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal; (c) Confrontar as conquistas e os avanços com os declínios e riscos das variações no comportamento decisório da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal; (d) Sugerir caminhos e possíveis soluções para um melhor desempenho da jurisdição constitucional.

O trabalho adota uma metodologia dedutiva – baseada em fundamentos, princípios, bem como em conhecimentos gerais e específicos aplicáveis para inferir conclusões particulares – combinada com uma metodologia sistemática, na qual ideias, críticas e propostas são ordenadas

---

<sup>18</sup> KOOPMANS, Thijmen. The roots of judicial activism. In: MATSCHER, F; PETZOLD, H (Eds.). **Protecting human rights: The European Dimension**. Studies in honour of G.J. Wiarda, Köln: Carl Heymanns Verlag 1988, pp. 317-327. Disponível em: <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/22743>.

com base em categorias apresentadas como subcapítulos. Além dessas metodologias, o trabalho apresenta uma abordagem de Direito comparado.<sup>19</sup>

A construção particular dessa abordagem comparada é baseada na tentativa de gerar um acordo entre os pressupostos jurídicos e as razões históricas e culturais que explicam a concepção do Direito e da justiça constitucional, tanto no Brasil como na Colômbia. Também reconhece uma abordagem interdisciplinar com fontes extralegais que fortalecem a compreensão dos contextos estudados. Essa abordagem não procura aproximar ou trazer similaridades entre as ideias, mas reconhecer, compreender, ouvir e respeitar os limites e as circunstâncias que um pesquisador de Direito comparado enfrenta.

Em relação às circunstâncias que marcam esse trabalho, destaca-se o desafio de se fazer uma leitura do Direito brasileiro através das lentes de um acadêmico formado na Colômbia e apresentar uma interpretação de sua cultura jurídica e do que o ordenamento estrangeiro parece ser para o comparatista, este pesquisador. Destaca-se, ainda, a virtude de uma mente aberta para receber e se apropriar das diferentes maneiras de entender o Direito brasileiro.

Com relação aos limites, impostos pela abordagem do Direito comparado, enfatiza-se a importância de respeitar a singularidade do Direito colombiano e do brasileiro, assim como reconhecer que a aproximação de ambos os sistemas parece mais um acordo ou negociação do que um diálogo, devido a limitações linguísticas. Vale notar que as identidades descobertas ao longo do trabalho não distorcem a identidade de cada Direito, elas são o resultado de práticas constitucionais compartilhadas ou tradições jurídicas que se encontraram num ponto em comum.

O exercício de comparação entre o Direito Constitucional brasileiro e o colombiano parte de premissas que constituem pressupostos ou espécies de estratégias gerais de embarque para sua análise. Nesse sentido, a fim de atingir os objetivos propostos, este trabalho está estruturado em quatro capítulos. O primeiro explora as raízes e os vestígios demonstrativos das variações no comportamento decisório da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal. O segundo apresenta as conquistas e os avanços do comportamento decisório de ambos os tribunais. No terceiro capítulo, esses triunfos são confrontados com os declínios e os riscos gerados pela variação comportamental nos tribunais comparados. Finalmente, em um quarto capítulo, antes das considerações finais e objetivando construir "ideais reguladores" para melhorar o desempenho da jurisdição constitucional na Colômbia e no Brasil, são propostos caminhos e possíveis soluções para abordar o problema diagnosticado.

---

<sup>19</sup> A construção da abordagem do Direito comparado foi construída com base nas ideias de: LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2018.

## **Capítulo 1. Os vestígios demonstrativos das variações no comportamento decisório da jurisdição constitucional na Colômbia e no Brasil**

A importância de debruçar-se sobre os vestígios numa investigação de Direito Comparado, segundo Pierre Legrand, permite apontar as singularidades e as diferenças das temáticas estudadas, neste caso, entre o Direito Constitucional brasileiro e o colombiano. Esse tipo de abordagem preliminar serve como um veículo para inflexões e reflexões. Por essa razão, para um comparatista, é necessário recorrer às circunstâncias que deram base e fundamento às virtudes e aos declínios das instituições jurídicas na atualidade.<sup>20</sup> Este capítulo exploratório formula três premissas ou estratégias de embarque para comparar os dois sistemas, a saber: (1.1.) A herança do constitucionalismo revolucionário francês e estadunidense e seus reflexos no desenho do modelo de Estado Constitucional de Direito. A justiça constitucional: uma questão de autoridade ou de poder? (1.2) O controle de constitucionalidade e a validade da vontade democrática do Constituinte; (1.3) O desenho político-jurídico da jurisdição constitucional no Brasil e na Colômbia e seus reflexos no protagonismo da atividade judicial.

### **1.1. A herança do constitucionalismo revolucionário francês e estadunidense e seus reflexos no desenho do modelo de Estado Constitucional de Direito. A justiça constitucional: uma questão de autoridade ou de poder?**

Na França, após a Revolução de 1789, o modelo constitucional foi construído sobre os alicerces do "legicentrismo", isto é, sobre a supremacia hierárquica, operativa e normativa da lei em seu sentido formal. Esses alicerces, na perspectiva de Jean Jacques Rousseau, corresponderam à conformidade das ações ao direito positivo, cabendo ao povo -enquanto corpo social- o cumprimento estrito das leis que ele mesmo aprova através das instituições legislativas;<sup>21</sup> foi assim que, como com a Constituição de 1791, ficou consagrado o princípio da legalidade, restando estabelecido que não havia na França autoridade superior à da lei.

Contudo, depois da segunda metade do século XX, esse sistema jurídico passou por uma profunda transformação, caracterizada principalmente pelo reconhecimento da supremacia

---

<sup>20</sup> LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2018. p.73-74. O autor se refere a uma "abordagem arqueológica" "(...) de tal forma que os leitores tenham um conhecimento otimizado, que possa ser compreendido da melhor forma em relação ao que ele significa". p. 93.

<sup>21</sup> PINTO, Marcio Morena. Legalidade versus legitimidade: uma perspectiva rousseauísta da questão. **Controvérsia**, v. 5, n° 2, mai./ago., 2019, pp. 45-53.

da Constituição.<sup>22</sup> Esse reconhecimento encontra sua origem na adesão definitiva da Quinta República Francesa aos princípios do constitucionalismo, tal como veio, nos outros países ocidentais, a partir da Segunda Guerra Mundial. Apesar dessa tendência comum no Ocidente, a supremacia da Constituição na França desde a Quinta República não corresponde a uma supremacia da jurisdição constitucional, como é comumente identificada. Pelo contrário, ela se refere ao estabelecimento de um regime presidencial, livre de barreiras, impedimentos e contrapesos do sistema presidencial clássico, típico do modelo constitucional estadunidense.<sup>23</sup>

A Constituição de 1958 determinou não apenas a competência do Presidente da República para garantir o respeito à Constituição, mas também, atendendo a sua discricionariedade, regular o adequado funcionamento dos poderes públicos (art. 5). Inspirada, entre outros, pelas ideias de Michel Debré, a qualidade executiva de “árbitro nacional”, juntamente com um parlamentarismo racionalizado, marcou a reforma constitucional de junho de 1958. Em relação ao parlamentarismo racionalizado, sublinhou-se a ideia de implantar um modelo ou um padrão de relação entre o Parlamento e o Governo no qual este não estivesse à mercê das frações dos parlamentares, em constante mudança, ou da restrição no âmbito da lei em favor dos regulamentos. Quanto ao Presidente da República, seu cargo concede à sua figura um conjunto de poderes únicos, como a dissolução das câmaras do Legislativo, a adoção de medidas num estado de exceção e a convocação de um referendo.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Segundo o autor, essa transformação se deu por meio de canais internos. Ou seja, sem perturbar a estrutura institucional, numa revisão completa da Constituição de 1958. AMIRANTE, Domenico. **Giudice costituzionale e funzione legislativa: L'esperienza francese**. Padova: CEDAM (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), 1991. p. 9.

<sup>23</sup> Desde o aprofundamento do conflito na Argélia no final da primeira década do século XX, e a partir de 1958, o modelo constitucional francês se afastou do regime parlamentar clássico, o que não implicou se afastar da sua essência parlamentar. Segundo Maurice Duverguer, a Constituição da Quinta República de 4 de outubro de 1958, se distinguia, entre outras coisas, pela importância cada vez menor do Parlamento e por uma mistura de parlamentarismo e separação de poderes. Uma das razões para essa distinção foi a instabilidade dos ministérios, que levou o General de Gaulle ao poder. Durante esse período, o equilíbrio entre os poderes legislativo e executivo foi afetado em favor do Parlamento. E, embora o princípio da superioridade da lei sobre outros atos jurídicos tenha sido mantido na nova Constituição, a Constituição de 1958 inovou no sentido de que o Parlamento não é mais onipresente, não pode intervir em todos os campos na definição da ação do Governo. A Constituição estabeleceu regras e determinou princípios fundamentais, o campo da regulamentação se tornou a regra e o campo da legislação se tornou a exceção. Assim, o *Conseil Constitutionnel* foi estabelecido para evitar que o parlamento ignorasse os limites estabelecidos para ele. MANZANARES, Henri. Evolución del Régimen Político bajo la V República en Francia. **Revista de estudios políticos**, Madrid, n. 150, 1966. p. 44-46. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2079857>> Acesso em: 07 de setembro de 2020. Sobre esse assunto ver também: CARDENES, Agustín. Las dos tesis bajo tensión en la constitución francesa de 1958 y su resolución en 1962 a través de la práctica institucional de Charles De Gaulle. **Lecciones y Ensayos**. Buenos Aires, n. 87-88, 2010. Disponível em: < <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/87/lecciones-y-ensayos-87-paginas-73-107.pdf>> Acesso em: 15 de julho de 2020.

<sup>24</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958. **Cuadernos de Derecho Público**. Madrid, n. 34-35, mai/dez., 2008, p. 21-33. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/9546>. Acesso em: 15 de julho de 2020.

Por outro lado, a Constituição de 1958 inovou na história constitucional francesa ao prever a existência de um controle de constitucionalidade das leis encabeçado pelo *Conseil Constitutionnel*. Esse controle nasceu com uma série de limitações, todas elas voltadas para garantir o respeito à lei e ao regulamento. Apesar dessas limitações, a sua existência foi um ponto fundamental para a transição do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito.<sup>25</sup> Destaca-se, assim, a célebre Decisão nº 62-20 DC do *Conseil Constitutionnel* de 6 de novembro de 1962, que tratou do referendo constitucional de De Gaulle, sujeito ao controle prévio do Presidente do Senado e aprovado pelo Parlamento, e consignou que as leis referendadas, isto é, aprovadas diretamente pelo povo, não são objetos de controle de constitucionalidade, visto que constituem uma manifestação direta da soberania do povo. Desta forma, a partir da vontade geral e soberana do povo,<sup>26</sup> concretizada por meio do referendo, da introdução da eleição direta e popular do Presidente da República, e a consequente configuração de um “semi-presidencialismo”, o poder concentrado no Parlamento foi diminuindo, já que encontrou no Presidente outra autoridade investida de total soberania.<sup>27</sup>

A partir de 1970, a crescente manifestação jurisprudencial do *Conseil Constitutionnel*, implicou em transformações, inclusive, na própria noção de Constituição no Direito francês. Segundo Domenico Amirante, essa transformação obedeceu às constantes referências à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e ao Preâmbulo da Constituição de 1946 e 1875 – considerados parte integrante do “bloco de constitucionalidade”, uma ideia com uma recepção delicada no Direito francês, porquanto foi precedida por um debate em torno do renascimento da noção de Constituição, bem como do estatuto jurídico e da legalização da Declaração de 1789.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> O Estado Constitucional de Direito, para os fins desta dissertação, também será entendido como o Estado Social de Direito, ou o modelo de Estado consagrado nas Constituições de 1988 no Brasil e de 1991 na Colômbia.

<sup>26</sup> Essa ideia francesa do “direito como expressão da vontade geral” correspondia a um modelo de supremacia do Poder Legislativo, em consonância com o Estado de Direito inglês, o *stato di diritto italiano* e o *Rechtsstaat* alemão; todas consequências do constitucionalismo. MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Ensaio sobre o Neoconstitucionalismo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 13, n. 101, out. 2011/jan. 2012. p. 512.

<sup>27</sup> A existência de um controle de constitucionalidade na França parte do reconhecimento da dificuldade na compreensão moderna do conceito “Constituição”. Esse reconhecimento implica a distinção entre lei ordinária aprovada pela Assembleia da República, sujeita a processo legislativo regular, e lei constitucional, com processo particular. Assim, o controle de constitucionalidade implicaria, em princípio, uma avaliação da compatibilidade e sujeição ao direito constitucional. No entanto, para além do consenso sobre o valor superior do direito constitucional, na França, a questão em discussão se centrou na tensão entre democracia e constitucionalismo, no sentido de compreender qual deveria ser a autoridade competente para dar uma interpretação autêntica. AMIRANTE, Domenico. **Giudice costituzionale e funzione legislativa: L’esperienza francese**. Padova: CEDAM (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), 1991, p. 10. Veja-se também: Díez-PICAZO, Luis María. Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958. **Cuadernos de Derecho Público**. Madrid, n. 34-35, mai./dez., 2008, p. 25. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/9546>. Acesso em: 15 de julho de 2020.

<sup>28</sup> “A questo sviluppo, sia quantitativo che qualitativo, della sfera d’influenza delle norme costituzionali ha fatto riscontro un interessante dibattito dottrinario, che ha affrontato da una parte gli aspetti teorici, ma anche di

Da mesma forma, é importante considerar que a criação do *Conseil Constitutionnel* na Constituição de 1958 não teve uma aceitação pacífica, principalmente porque alguns partidos políticos da oposição argumentaram que sua institucionalização na ordem jurídica francesa prejudicaria gravemente a tradição republicana da supremacia da lei. Apesar disso, e de acordo com Lavroff, este possível ataque que representaria o *Conseil Constitutionnel* não teria um impacto substancial, uma vez que seu objetivo inicial não era garantir os direitos e liberdades dos cidadãos, mas sim o respeito pelos poderes públicos e o equilíbrio constitucional estabelecido. Por isso, tradicionalmente, seu caráter jurisdicional é negado e lhe é atribuído um caráter político.<sup>29</sup>

Em outras palavras, o juiz constitucional tem desenvolvido as suas funções como *régulateur* das relações entre os poderes constitucionais constituídos; sua função tem se limitado à garantia do exercício democrático – representado no Parlamento –, e à aplicação do sistema de freios e contrapesos previstos na Constituição. No entanto, a situação em torno da jurisdição constitucional e dos poderes do *Conseil Constitutionnel*, não é inteiramente pacífica. Parte dessa divergência caminha entre o reconhecimento da qualidade de juiz aos integrantes do *Conseil Constitutionnel* e a tese que defende seu caráter político e institucional. Assim, se a ideia de que o Direito positivo não reconhece uma noção uniforme sobre jurisdição for aceita, a realidade francesa pressupõe um juiz constitucional *sui generis*, num “sistema” atípico de justiça constitucional.<sup>30</sup>

O caráter *sui generis* do juiz ou atípico do “sistema” de justiça constitucional na França também encontra fundamento na tensão que existe entre democracia e constitucionalismo – assunto que será abordado mais adiante –, o que levou a, no interior das assembleias constituintes do período revolucionário francês, a que aqueles que defendiam a conformação e institucionalização de uma justiça constitucional constituíssem uma parte minoritária. Essa ideia de autoridade possivelmente atribuída ao *Conseil Constitutionnel*

---

*diritto positivo, implicati, da questa "resurrezione della nozione di Costituzione" e dall'altra i problemi, non meno rilevanti, legati alla "actualité juridique" ed alla "jurisdiction" della Dichiarazione dei diritti del 1789".* AMIRANTE, Domenico. **Giudice costituzionale e funzione legislativa: L'esperienza francese.** Padova: CEDAM (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), 1991, p. 11.

<sup>29</sup> Apesar do exposto, as transformações que acompanharam o *Conseil Constitutionnel* mostraram-se avanços significativos na defesa das liberdades públicas. Cabe destacar a decisão de 16 de julho de 1971 sobre a liberdade sindical, referente ao controle de constitucionalidade da lei que altera a lei de 1901, oportunidade em que o *Conseil Constitutionnel*, amparado pelos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis do República, declara algumas disposições da lei não compatíveis com os referidos princípios, em desacordo com a Constituição. LAVROFF, Dmitri Georges. El Consejo Constitucional Francés y la garantía de las libertades públicas. **Revista Española de Derecho Constitucional.** Madrid. v.1, n. 3, set/dez, 1981, p. 43-62.

<sup>30</sup> AMIRANTE, Domenico. **Giudice costituzionale e funzione legislativa: L'esperienza francese.** Padova: CEDAM (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), 1991, p. 12-13.



coincidiu com o período constitucional estadunidense anterior a 1803, ano em que, após a edição da Constituição de 1789, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a aplicação de um controle judicial de constitucionalidade, embora seu real exercício remonte ao final do século XIX.<sup>31</sup>

Com tudo o que implica o sistema de justiça francês e a sua resistência e desconfiança em relação a um poder judicial constitucional, a sua compreensão como autoridade, *l'Autorité judiciaire*, reside principalmente na vontade constitucional de 1958, em que o termo “poder” está reservado somente aos poderes Legislativo e Executivo, e também se refere à ideia de elevar o serviço judiciário para além de um serviço público.<sup>32</sup> Assim, quando no exercício da autoridade judiciária o *Conseil Constitutionnel* declara a inconstitucionalidade de uma lei de conteúdo politicamente sensível, a decisão é levada ao poder, aos parlamentares, e até mesmo ao governo, para evitar uma frustração da vontade popular.<sup>33</sup>

No que diz respeito ao modelo estadunidense, a herança pós-revolucionária condiz com um constitucionalismo liberal, desenvolvido como um "projeto político" de classe, que procurou salvaguardar e legitimar a supremacia da liberdade de uma minoria influente, enquanto constituía uma forma de dominação para o resto da população. Esta promulgação de uma liberdade para poucos está relacionada com o entendimento que foi dado à liberdade, à propriedade e à segurança pelas elites coloniais durante a Guerra da Revolução e a conseqüente promulgação da Constituição de 1787. Ambas têm uma origem indissociável na segurança para a acumulação ilimitada de riquezas<sup>34</sup> e na conformação de uma autonomia para a libertação do domínio político inglês.

---

<sup>31</sup> “*C’est ce souci de légitimité démocratique qui explique qu’au sein des assemblées constituantes de la période révolutionnaire, les partisans de la mise en place d’un système de justice constitutionnelle aient été souvent minoritaires (...) Et c’est seulement en 1803, une bonne dizaine d’années après l’entrée en vigueur de cette Constitution, que la Cour suprême s’est reconnu un tel pouvoir, dont elle n’a d’ailleurs vraiment commencé à faire usage que vers la fin du XIX siècle*”. HAMON, Francis; WIENER, Céline. **La justice constitutionnelle en France et à l’étranger**. Paris: L.G.D.J lextenso éditions, 2011, p. 12-14.

<sup>32</sup> DENOIX, Renaud. Le statut constitutionnel de l’Autorité judiciaire. **Séminaire pédagogique du pôle “Administration de la justice”**. Bordeaux: Conseil Constitutionnel, 2009. Disponível em: < <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/2351/pdf> > Acesso em: 10 julho 2020.

<sup>33</sup> A desconfiança e/ou resistência ao judiciário, segundo Hamon e Weiner, se deve a dois motivos principais. Em primeiro lugar, que o judiciário tentou se opor à maioria das reformas lideradas ou empreendidas pelo rei sob o antigo regime, que também não foi capaz de implementá-las. Em segundo lugar, por uma “concepção idealizada de direito”, em que se entendia que o direito não podia ser mau, uma vez que é fruto de formação, pelo menos através da representação indireta no Parlamento. Essas ideias acompanharam o constitucionalismo francês (1791-1795). HAMON, Francis; WIENER, Céline. **La justice constitutionnelle en France et à l’étranger**. Paris: L.G.D.J lextenso éditions, 2011, p. 13.

<sup>34</sup> “*Muzio argues, however, that this conventional wisdom disregards how US constitutionalism was developed by a class-based political project that attempted to safeguard and legitimate an empire of liberty for an affluent minority and forms of domination for the rest*”. GILL, Stephen., CUTLER, Claire. Genealogy, origins and world order. In: **New Constitutionalism and World Order**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 77.

Ao mesmo tempo que a noção de *Liberté, Égalité, Fraternité*, herança da Revolução Francesa, foi motivada por um consenso de ideias da burguesia, que, idealizada sob o liberalismo clássico, também contribuiu para a promulgação de uma Declaração dos Direitos do Homem (declaração esta pensada contra a sociedade hierárquica e os privilégios dos nobres, mas não a favor de uma sociedade democrática ou igualitária<sup>35</sup>), nos Estados Unidos, a consequente vitória da Guerra de Independência foi motivada por patriotas que se sentiam ameaçados em sua liberdade e propriedade, e não propriamente por todas as forças sociais. Segundo Gill e Cutler, o “velho” constitucionalismo liberal correspondia a uma lógica político-estratégica dos federalistas de elite, centrada na projeção de uma política de repressão à ação de rebeldes, protegendo, assim, uma minoria de proprietários no presente e no futuro, e, conseqüentemente, preservando a dominação de classe ou a racial e fortalecendo a evolução de um poder que poderia transformar seu arbítrio, o direito de ter vencido a guerra e o poder de criar instituições, normas e regras de acordo com seus critérios.<sup>36</sup>

Em outras palavras, o triunfo das lutas sociais pelo estabelecimento de um novo modelo de Estado, Governo ou Constituição, na França e nos Estados Unidos, foi um assunto de elites, cujas conquistas conseguiram influenciar o estabelecimento de um poder ou a autoridade do Judiciário. Por sua vez, diferente do que acontecia na França, a supremacia hierárquica (operativa e normativa da Constituição) se identificava também com o protagonismo da justiça constitucional na cúpula da Suprema Corte dos Estados Unidos, que se tornou mais efetiva a partir de 1803 com o caso *Marbury v. Madison*.<sup>37</sup> Sob esse entendimento, e segundo o proposto por Hamilton em “*The Federalist*”, são os juízes que

---

<sup>35</sup> Segundo Eric Hobsbawm, “*Los resultados de las revoluciones americanas fueron, hablando en términos generales, que los países quedaron poco más o menos como antes, aunque liberados del dominio político de los ingleses, los españoles o los portugueses. En cambio, el resultado de la Revolución francesa fue 'que la época de Balzac sustituyera a la de Madame Dubarry.*”. HOBBSAWM, Eric. **Las revoluciones burguesas**. 2ª Ed. Madrid: Ediciones Guadarrama, 1962, p. 32. -34.

<sup>36</sup> Segundo o autor, essa ideia é fundamental para retornar às raízes e lutas históricas em torno da constituição da ordem social liberal para os debates mais atuais sobre o novo constitucionalismo – constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo-. GILL, Stephen., CUTLER, Claire. Genealogy, origins and world order. In: **New Constitutionalism and World Order**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 78-79.

<sup>37</sup> Segundo Cristiano Paixão e Paulo Sávio Peixoto Maia, a supremacia constitucional corresponde a uma transformação conceitual que rompe com o antigo constitucionalismo, e que surge num contexto e uma situação concreta, típica dos Estados Unidos entre 1763 e 1803, “*nomeada por Gerald Stourzh de "período de reflexão constitucional"*”. Nesse período, em 1787 foi editada a Convenção da Filadélfia, que deu aos Estados Unidos uma Constituição, e com ela, questões relacionadas à escravidão, ao número de representantes dos Estados no Congresso, à institucionalização do poder executivo e à estrutura do poder legislativo, deixando para seu estudo periférico as questões decisivas para o constitucionalismo moderno, a saber, a supremacia constitucional e a defesa do judiciário, matéria não prevista pelos fundadores. A questão prática, então, em termos de revisão judicial, correspondia a uma “ação política”, uma vez que a constituição não era vista como norma jurídica. PAIXÃO, Cristiano; MAIA, Paulo Sávio Peixoto. História da Constituição como história conceitual: *Marbury v. Madison* e o surgimento da supremacia constitucional. **Revista Acadêmica – Faculdade de Direito do Recife**, v. 81, p. 156-175, 2009.

deveriam considerar a Constituição uma lei fundamental. O federalismo estadunidense, nos termos amplamente desenvolvidos em “*The Federalist*”, revelou-se um mecanismo a través do qual os juízes teriam a capacidade de interpretar a Constituição material. Da mesma forma, o fato de os juízes entenderem a Constituição como manifestação da vontade do povo no exercício do controle interpretativo de outros atos não significa que o Judiciário seja superior ao Legislativo.<sup>38</sup> Porém, não ser superior não equivale a deixar de ser o protagonista.

Assim, a doutrina da supremacia constitucional tem relação com o fato de que a defesa da Constituição é função da Corte, que por sua vez interpreta o texto normativo por meio de decisões, que formam precedentes, os quais vinculam todos os poderes (estaduais e federais).<sup>39</sup> Também quer dizer que o caráter supremo da Constituição é político, pois o exercício de interpretação é uma preferência de um resultado político (a Constituição) sobre outro resultado político posterior (qualquer lei).

Supor que o juiz não tenha preferência por ela tem a ver com o caráter absoluto da interpretação do sentido da Constituição. Ou seja, se a Constituição não prevalece como a hermenêutica definitiva, feita por uma Corte ou Tribunal, sobre uma lei com ela incompatível, não tem sentido falar de supremacia, porquanto é nessa atribuição de suprema que a Corte ou Tribunal encontra seus limites. No entanto, essa afirmação não poder ser absoluta. Aliás, a supremacia da Constituição não vincula apenas o Judiciário, pois o respeito e a garantia da supremacia correspondem também ao Legislativo e ao Executivo.

Nesse contexto, para o modelo estadunidense a Constituição é escrita para conhecer a vontade do povo, para garantir a liberdade e para definir o limite de ação dos poderes do Estado. Sua supremacia consiste em ser a regra de validade das demais normas. De igual modo, representa a expressão de um acordo que deu origem a uma nova sociedade, a uma manifestação do consenso político e moral da época. Dessa forma, a Constituição é suprema porque se diferencia na forma de garantir a observância da lei, sendo mais estrita, e na perspectiva de sua

---

<sup>38</sup> A primeira Constituição francesa pós-revolucionária foi a Constituição de 1791, na qual no artigo 5 instituiu um poder judicial delegado a juízes eleitos democraticamente pelo povo. O que identifica um traço eminentemente político. Por sua vez, esse poder foi instituído em virtude das cartas de patentes do Rei, não podendo interferir no exercício do poder legislativo ou na execução das leis. Por sua vez, nos Estados Unidos, antes e depois do *Judiciary act* de 1789, os tribunais estaduais estabeleceram uma espécie de precedente que consistia na anulação de medidas legislativas que infringiam as constituições estaduais. Assunto contemplado por Hamilton em *The Federalist LXXVIII*, quando indica que o direito dos tribunais de declarar nulos os atos do Parlamento correspondem a uma autoridade do povo e não a uma supremacia do poder judiciário. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Santiago de Chile: Instituto de Estudios de la Sociedad, 2018. Demonstra-se diferentes particularidades em torno do Poder e das competências dos juízes, com nuances que visam a preservar uma hegemonia e/ou ideologia manifestada na Constituição, produto dessas elites.

<sup>39</sup> É importante sublinhar que, a Suprema Corte nos EUA não profere decisões com efeitos *erga omnes*. Ela cria precedentes, e esses devem ser seguidos. Mas não é a decisão em si que afeta todas as pessoas, são os fundamentos da decisão (*ratio decidendi*) que devem ser aplicados igualmente em outros casos pelos demais juízes e tribunais.

finalidade, pois, embora convirja com a lei, a tolerância nos procedimentos de sua elaboração não é idêntica. Ademais, divergem quanto à sua infração, visto que a redação da Constituição muitas vezes não dá margem à interpretação literal de que houve uma agressão à Constituição, mas que envolveu algum dispositivo dela.<sup>40</sup>

Ao compreender os sentidos da supremacia da Constituição, a Suprema Corte adquiriu um papel relevante como cúpula do Poder Judiciário. Nos Estados Unidos ocorreu ainda antes, com o *Judiciary Act of 1789* e, segundo Tocqueville, fez com que a Corte do país se estabelecesse como uma das primeiras potências políticas, diferentemente do que aconteceu na França. No país europeu o sentido da Constituição é imutável por via da interpretação dos juízes; ao passo que nos Estados Unidos isso não acontece pelo fato de que o sistema de *judicial review* permite a atualização do sentido da Constituição pela via interpretativa judicial.<sup>41</sup>

Além do acima exposto, a importância do *judicial review* representa um elemento fundamental para compreender os vestígios das variações no comportamento decisório e a herança do constitucionalismo revolucionário estadunidense. Essas ideias serão desenvolvidas na próxima seção. Por ora, enfatiza-se preliminarmente que, no que diz respeito às reflexões do sistema revolucionário francês ou estadunidense sobre o desenho do modelo do Estado Constitucional de Direito na Colômbia e no Brasil, devem ser levados em consideração os vínculos entre o “antigo” e o “novo” constitucionalismo.<sup>42</sup> Inicialmente, esses vínculos convergem na direção do empoderamento judicial e da supremacia constitucional, pilar que tem sido a identidade do sistema estadunidense. Por outro lado, são guiados pela lógica da elite, que normalmente opera num ambiente contratualmente inseguro, em regras abstratas e nebulosas. Segundo Hirschl, o novo constitucionalismo – constitucionalismo contemporâneo ou

---

<sup>40</sup> Sobre o assunto, veja-se: SILVA, Luis Alejandro. Supremacia constitucional y aplicación judicial de la Constitución de los Estados Unidos: Objeciones a la *judicial supremacy*. **Estudios Constitucionales**, v. 10, n. 1, 2012, pp. 117 - 144. Disponível em: < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v10n1/art04.pdf> > Acesso em: 15 julho 2020.

<sup>41</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **La democracia en América**. México: Fondo de Cultura Económica, 2019. Ressalte-se que o surgimento das constituições americanas correspondeu aos momentos culminantes do Iluminismo europeu, o que implicou, entre outros, um pedido de liberação da ação judicial de qualquer dependência ou obstáculo, interno ou externo, e que pudesse fazer seu exercício para elementos estranhos à lei. Este foi o princípio da independência judicial, baseado no direito dos cidadãos de serem julgados exclusivamente pelos parâmetros jurídicos e pela ordem jurídica positiva ou comum a que se enquadram as suas ações. LÖSING, Norbert. Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho. In: KONRAD ADENAUER STIFTUNG. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Montevideo: JAS. 2011. p. 413-428.

<sup>42</sup> Termos cuja precisão, para os fins desta dissertação, será entendidos como “novo” constitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, aquele que corresponde ao Estado Constitucional de Direito, desde a Segunda Guerra Mundial, e por “antigo” constitucionalismo, aqueles anteriores, principalmente aquele que tem relação com o Estado Legislativo de Direito. Sobre esta transição do Estado de Direito Legislativo para o Estado Constitucional. Ver a obra de ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. 10ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

neoconstitucionalismo- representa uma manobra de preservação hegemônica nos Estados Unidos, que visa a garantir privilégios e certas preferências políticas, longe de considerar os resultados majoritários da tomada de decisões.<sup>43</sup>

O interregno entre o "antigo" e o "novo" constitucionalismo foi acompanhado por uma série de eventos que marcaram a história e a geopolítica do mundo ocidental, principalmente a época histórica da Primeira Grande Guerra e da Segunda Guerra Mundial.<sup>44</sup> Nesse contexto, salientam-se as disputas entre o "normativismo" de Hans Kelsen e o "decisionismo" de Carl Schmitt, e, sublinha-se o papel da Constituição na sociedade, sua defesa e sua interpretação. Segundo Herman Heller, nessas circunstâncias, foram escolhidos diferentes conceitos de Constituição, tanto sociológicos como jurídicos, entre eles um sentido amplo e um sentido estrito e como agente transformador da normalidade em normatividade.<sup>45</sup>

Finalmente, que relação possuem os vínculos entre os dois constitucionalismos, “novo” e “antigo”, com as contribuições do constitucionalismo revolucionário francês e estadunidense? A resposta a essa pergunta constitui o eixo articulador que abre o constitucionalismo contemporâneo no Brasil e na Colômbia. Nesse sentido, o “novo” constitucionalismo, a partir do qual se fortaleceu ainda mais o Estado Constitucional de Direito, foi marcado, também, pelo “imediate pós-guerra”, em que as raízes da “catástrofe alemã”, causa imediata da Segunda Guerra Mundial,<sup>46</sup> encontraram otimismo e ilusão no Iluminismo, na Revolução Francesa, no racionalismo, no materialismo,<sup>47</sup> na dominação e, de alguma forma, nos pressupostos de liberdade<sup>48</sup> que marcaram a democracia estadunidense.

---

<sup>43</sup> Os argumentos de Hirschl também são apoiados pelo fato de que a revisão das transições para a democracia e a constitucionalização em todo o mundo mostra como os graus de independência judicial variam dependendo dos horizontes de tempo das classes dominantes e das ameaças percebidas a sua governança. GILL, Stephen., CUTLER, Claire. Genealogy, origins and world order. *In: New Constitutionalism and World Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 78-79.

<sup>44</sup> Do ponto de vista histórico, político e econômico, destaca-se a crise econômica de 1929, a partir da qual se fortalece o princípio da incerteza na economia. Uma crise que também viria a quebrar a Europa, gerando precariedade no cotidiano e instabilidade nas democracias recentes, após a queda dos grandes impérios. Tudo isso acompanhado de um nacionalismo exacerbado, baseado no discurso do ódio, teoria desencadeada no nazismo. Vale a pena analisar o trabalho de: SANDS, Philippe. *Calle Este-Oeste*. Sobre los orígenes de «genocidio» y «crímenes contra la humanidad». Barcelona: Anagrama, 2017.

<sup>45</sup> SLAVIN, Pablo E. Hermann Heller y el valor de la Constitución. *In: REAL ALCALÁ, J Alberto (ed). La maquinaria del derecho en iberoamérica*. Constitución, derechos fundamentales y administración. Ciudad de México: IJ – UNAM – Editorial Flores, 2016, pp. 407- 422, quem faz uma análise de obra: HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México: Edición, 1961.

<sup>46</sup> Onde certa inconformidade foi identificada com o tratamento dado pelos vencedores da Primeira Guerra Mundial à Alemanha no Tratado de Versalhes. Essa análise é abordada por KEYNES, J. M. *As consequências econômicas da paz*. São Paulo: Clássicos IPRI, 2002.

<sup>47</sup> BOSEMBERG, Luis E. Las guerras mundiales: problemas y controversias en torno a los orígenes. *Anuario Colombiano de Historia Social*. Bogotá D.C, n. 33, 2006, pp. 289-309. Disponível em: < <https://www.redalyc.org/pdf/1271/127112581011.pdf>> Acesso em: 08 de setembro de 2020.

<sup>48</sup> Sobre liberdade e dominação como pressupostos, Tim Di Muzio argumenta que o constitucionalismo visto na perspectiva da liberdade, tem, entre outras razões, o fundamento da teoria do contrato social e suas múltiplas

Por um lado, esse "novo" constitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, também identificado como neoconstitucionalismo(s),<sup>49</sup> faz parte de uma superação ou readaptação do Estado Legislativo de Direito e do positivismo legalista,<sup>50</sup> típicos do constitucionalismo francês, que, tendo a regra jurídica como vértice, semeou desconfiança quanto à ampliação do controle de constitucionalidade e da supremacia da Constituição. Desse modo, se atribuiu ao modelo francês: (i) a falta de legitimidade dos juízes para controlar a constitucionalidade, uma vez que historicamente sempre estiveram vinculados com a nobreza; (ii) a prevalência de uma interpretação constitucional reduzida a um apêndice de critérios gerais de interpretação; e (iii) a ausência, no século XIX, de uma doutrina constitucional orientada por princípios. A transição desse modelo para o do Estado Constitucional de Direito e do pós-positivismo deixa em segundo plano o objetivo de limitar o poder do Estado, priorizando a garantia plena e ampla dos direitos fundamentais no seu conjunto, assegurando-lhes, também, prestações fáticas e normativas.<sup>51</sup>

---

interpretações. Nelas, o constitucionalismo liberal é considerado a forma mais desejável de governo, pois permite o progresso material e a liberdade humana. É assim que, a partir de 1990, um novo constitucionalismo novo constitucionalismo – constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo- pode ser visto em um contexto de emergência, acompanhado de desenvolvimentos constitucionais tidos como o triunfo do capitalismo liberal democrático sobre todas as outras formas de dominação política e econômica. Esse motivo encontra motivos históricos na Constituição dos Estados Unidos, uma vez que não garantiu nenhuma conceituação adequada, correta ou universal de liberdade e propriedade, porém, se o fizesse com uma forma particular da mesma, vinculada a um projeto específico de classe social, reproduzido a partir de três formas principais de dominação: o senhor sobre o escravo - predominantemente nas colônias do sul-, o capitalista sobre o trabalhador- nas colônias do norte- e o colonialista sobre os nativos- na frente. Os novos mecanismos constitucionais representaram uma continuação da luta inicial para estabelecer as bases políticas e jurídicas da propriedade privada, garantindo os interesses de uma minoria proprietária privilegiada. O autor reúne os seguintes fatores e causas, a nova ordem jurídica política do constitucionalismo: entre outros, o surgimento de programas de ajuste estrutural, a dissolução da União Soviética, o Tratado de Maastricht de 1993, as novas constituições na África, etc. DI MUZIO, Tim. *Toward a genealogy of the new constitutionalism: the empire of liberty and domination*. In: GILL, Stephen., CUTLER, Claire (ed). **New Constitutionalism and World Order**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. pp. 81-83.

<sup>49</sup> CARBONELL, Miguel. Prólogo. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (ed). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003, pp. 9-12.

<sup>50</sup> Para FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (ed). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003, pp. 13-30, isso corresponde a um “modelo paleo-iuspositivista do Estado Legislativo de Direito (Estado jurídico), que surge com o nascimento do Estado moderno como monopólio da produção jurídica, que é superado por um modelo “neo-iuspositivista” do Estado Constitucional de Direito, produto da divisão da Europa após a Segunda Guerra Mundial.

<sup>51</sup> MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Ensaio sobre o Neoconstitucionalismo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 13, n. 101, pp. 489-517, out. 2011/jan. 2012, sobre os direitos fundamentais como um todo: HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019, p. 409. Sobre o assunto veja-se também: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 89-100. Assim também, segundo Luís Roberto Barroso, a constitucionalização do direito limita a discricionariedade legislativa e impõe deveres de ação, dando maior relevância ao papel do Judiciário em matéria de controle de constitucionalidade e interpretação: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, pp. 1-42, 2005.

Em adição à superação ou à readaptação, o constitucionalismo contemporâneo identificou o verdadeiro sentido da supremacia da Constituição, identificando-a como material, uma vez que lhe atribuem: (i) conteúdo substantivo e axiológico; (ii) qualidades garantidas, outorgando sua proteção principalmente aos juízes; (iii) um espaço onde os direitos fundamentais têm uma força expansiva para o Direito; (iv) o estabelecimento de uma regulação de princípios; que por sua vez, (v) permite a sua aplicação por ponderação, visto que não está separada do mundo da legislação. Afinal, não há um problema jurídico que não possa ser constitucionalizado; isso porque a institucionalização dos direitos humanos na forma de direitos fundamentais não implica uma Constituição “metafísica”, neste sentido, problemas jurídicos encontrarão alguma forma e fonte no Direito positivo.<sup>52</sup>

Para além dessas atribuições, o neoconstitucionalismo, apresentado em qualquer de suas distinções (teórica, ideológica ou metodológica<sup>53</sup>), encontra sua própria origem no modelo estadunidense, e não no francês. A tendência do movimento não parece ter sido permeada no modelo francês, uma vez que a justiça constitucional na França não teria espaço no "acordo institucional", que, ao ficar à margem de qualquer forma de intervenção judicial nas decisões parlamentares – temendo a formação de um "governo de juízes" – preferiu afastar-se da expressão "Poder Judiciário" nas constituições (com exceção da Constituição da Segunda República de 1848<sup>54</sup>) e situou o modelo francês como uma exceção ao constitucionalismo

---

<sup>52</sup> Nisso consistem as ideias de Prieto Sanchis sobre o neoconstitucionalismo. BERNAL, Carlos. **El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho**: escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 12-13. Segundo o autor, desde a sua utilização por Susanna Pozzolo, o conceito foi usado como uma “caixa de alfaiate para se referir, por um lado, a algo já conhecido: constitucionalismo europeu contemporâneo ou constitucionalismo do segundo período pós-guerra, e por outro, enquadrar as ideias de autores de várias tendências que até defendem posições incompatíveis entre si. Por esse motivo, é extremamente difícil falar de uma versão “padrão” do neoconstitucionalismo, que sintetiza o que aconteceu em tantos países, por tantos anos e também o que foi expresso por tantos autores, de tantos pontos de vista”. Tradução livre. É por esse motivo que tanta heterogeneidade na conceituação do neoconstitucionalismo inviabiliza o uso da figura.

<sup>53</sup> Com base na distinção do positivismo de Bobbio, Comanducci distingue um “neoconstitucionalismo teórico”, para se referir à aspiração das conquistas da constitucionalização, na qual a Constituição se apresenta como invasiva e ubíqua; um “neoconstitucionalismo ideológico”, que coloca em segundo plano a limitação do poder do Estado e em primeiro plano a garantia plena dos direitos fundamentais; e um “neoconstitucionalismo metodológico”, que reconhece uma conexão necessária entre direito e moralidade. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003, pp. 75-98.

<sup>54</sup> Esse temor é baseado no artigo 5º do *Code Civil* francês, segundo o qual “*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*”. SARMIENTO, Juan Pablo. La jurisdicción constitucional en Francia, de la aparente excepción europea al fin de la singularidad francesa. **Revista Chilena de Derecho**, v. 43 n. 2, pp. 463 – 486, 2015. Disponível em: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n2/art05.pdf>> Acesso em: 09 de setembro de 2020. Por outro lado, esse temor também se baseia em razões históricas, que desde a Revolução, geraram suspeitas no constitucionalismo francês, “*la concepción más habitual de la teoría de la separación de poderes que ve al poder Judicial como una estructura dotada de sustantividad constitucional específica, esto es como un auténtico tercer poder del Estado*”. Uma suspeita em decorrência da reação aos parlamentos judiciais e à *noblesse de robe*, com sua intensa convivência

européu contemporâneo. No entanto, isso não implicou uma autocontenção absoluta do *Conseil Constitutionnel* de 1958, atribuída, muitas vezes, à atividade criativa do *Conseil d'État*.<sup>55</sup>

A importância de voltar a essas origens está nas influências que ambos os sistemas tiveram na América Latina (especificamente na Colômbia e no Brasil), onde é possível encontrar alguns de seus elementos típicos. Segundo Aguiar de Luque, o estabelecimento de uma jurisdição constitucional no Estado Constitucional de Direito consistia em subtrair do Poder Executivo, principalmente do titular do Ministério da Justiça, o conjunto de competências de organização e gestão da justiça, sob pena de recaída em manobras indesejáveis, afetando a imparcialidade dos juízes. Numa perspectiva não convencional, o autor analisa o governo judicial como a garantia da independência dos juízes e dos magistrados no exercício da justiça.<sup>56</sup>

De forma geral, os elementos até agora analisados – sintetizados na ideia da Constituição e da sua supremacia, de uma autoridade constitucional e/ou um poder judicial constitucional, na inexistência de poderes ilimitados e na ideia prevalecente do neoconstitucionalismo –, representam os fundamentos do Estado Constitucional de Direito.<sup>57</sup> Trata-se de um modelo de Estado que reconhece, de forma preponderante, a ideia de Constituição, não apenas como documento escrito de valor superior que contém as normas fundamentais da organização do Estado e a declaração de direitos com caráter de direito supremo, com particular procedimento de reforma (como contribuição da Revolução dos Estados Unidos), mas, também, com suas próprias aproximações e sob uma concepção formal,

---

na Corte durante o Antigo regime. AGUIAR DE LUQUE, Luis. **El gobierno del poder judicial: Una perspectiva comparada**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 6.

<sup>55</sup> Ver, por exemplo, em termos de direitos e liberdades, uma espécie de *L'activisme constitutionnel*, onde o *Conseil Constitutionnel* “*ce furent les cours constitutionnelles qui activèrent le mouvement de réforme en censurant nombre de lois qui ne cadraient pas avec les standards européens*”. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **La jurisprudence des cours constitutionnelles européennes en droit des personnes et de la famille**. Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n. 39, abril, 2013. Disponível em: < <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1749/pdf>> Acesso em: 08 de setembro de 2020. Segundo o estudo preliminar de Luis Pomed Sánchez à obra de Eduard Lambert, indica que foram os juristas franceses os quais no meio das duas guerras tiveram certas prevenções à consolidação de uma jurisdição constitucional. Nesse cenário, a estrutura mesma do Conselho de Estado francês, já tinha uma tradição no trabalho criativo do direito. LAMBERT, Eduard. **El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos**. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

<sup>56</sup> Vale a pena destacar o exemplo trazido pelo autor, com referência a Pietro Calamandrei, que apresenta seus argumentos em torno da “imobilidade judicial”, que embora não seja possível transferir para uma circunscrição as funções de juiz que exerce jurisdição em Florença para uma pequena região como Lanusei, “o poder discricionário do Ministério se pudesse fazê-lo ao seu árbitro, denotando assim a importância da independência e do executivo”. A referência do exemplo AGUIAR DE LUQUE, Luis. Estudio Preliminar. **El gobierno del poder judicial: Una perspectiva comparada**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 4-5.

<sup>57</sup> Sobre a conceituação em torno do Estado Social de Direito, veja: UPEGUI, Juan Carlos. **Doce Tesis en torno al concepto de Estado social de derecho: Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2009; assim também, para uma análise mais voltada à Constituição econômica: CORREA, Magdalena. **Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2008.



em termos de sua expressão e sua extensão, a um corpo normativo dogmático, com uma declaração de direitos de nível constitucional (como contribuição da Revolução Francesa).<sup>58</sup>

Tanto para o caso colombiano quanto para o brasileiro, no que diz respeito ao desenho do modelo de Estado Constitucional de Direito, foram adotadas Constituições com o estabelecimento de um modelo semelhante de sistema constitucional, marcado pela incorporação de um amplo catálogo de direitos e diversos mecanismos para sua proteção, o estabelecimento de uma jurisdição constitucional no âmbito do Poder Judiciário e um controle repressivo de constitucionalidade sobre as diferentes normas do Estado.<sup>59</sup> Essa adoção implicou não só uma ruptura com o “legicentrismo” francês ou uma crise do princípio da legalidade, mas também uma “refundação da legalidade”, ou para além de uma aparente crise ou refundação, uma modificação com a introdução de uma Constituição que colocou a lei em uma posição subordinada, de tal forma que ela impõe restrições ao que a maioria e a minoria podem decidir.<sup>60</sup>

## 1.2. O controle de constitucionalidade e a validade da vontade democrática do Constituinte

Até o momento, a Constituição, a consolidação de uma autoridade ou poder judicial e a incorporação de um catálogo de direitos (com seus respectivos mecanismos de proteção) são elementos que acompanharam a história constitucional pós-revolucionária tanto da França como dos Estados Unidos, com reflexos na concepção do Estado Constitucional de Direito. Por sua vez, o controle de constitucionalidade, a revisão judicial ou o mecanismo do *judicial review* também constituem não apenas elementos fundamentais para compreender os vestígios demonstrativos de uma possível variação no comportamento judicial constitucional na

---

<sup>58</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R. Los aportes de la Revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del Siglo XIX. *Ars boni et aequi*, Santiago, v. 7, n. 2, pp. 111-142, 2011.

<sup>59</sup> DÁVILA, Carlos Mario. Los cambios constitucionales de 1971 en Francia y de 1991 en Colombia. Un análisis desde el punto de vista de la teoría de la revolución jurídica. *Vniversitas*. Bogotá D.C, n. 126, pp. 123-163, jan./jun, 2013.

<sup>60</sup> Sobre o assunto: BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y Constitución. In: CARBONELL, Miguel (ed). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Ed. Trotta, 2003, pp. 211-238; POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (ed). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Ed. Trotta, 2003, pp. 187-210; FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Ed. Trotta, 2003, pp. 13-30.

Colômbia e no Brasil, mas também para reconstruir a vida política dos Estados Unidos, principalmente entre a promulgação da Constituição e a Guerra Civil.<sup>61</sup>

O antecedente mais antigo que se tem do *judicial review* se inspirou em Montesquieu, na teoria da separação de poderes, e no esforço dos estadunidenses em aplicar essa teoria "até suas consequências lógicas"<sup>62</sup>, garantindo a independência e/ou a separação integral, bem como igualdade entre os poderes, em que cada poder atua fora ou sem cooperação ou harmonia com os demais. Argumento diferente do previsto no artigo 2º da Constituição Federal do Brasil de 1988, por exemplo, que estabelece que os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si. Apesar dessa independência, segundo Eduard Lambert, é notória a quebra de equilíbrio em favor do Judiciário, concedendo-lhe uma espécie de supremacia política, baseada em três fatores principais: (i) a extensão de mais de um quarto de século de controle dos tribunais sobre a constitucionalidade das leis; (ii) a ampla liberdade nas tendências de interpretação judicial; e (iii) a influência da formação jurídica com base no método de caso – disseminada pelos Estados Unidos. Esses três fatores diferem do que acontece na França, onde o legislador tem todos os meios para fazer seu texto prevalecer sobre qualquer interpretação, afastando do Judiciário a última decisão.<sup>63</sup>

Apesar de ser importante fonte de inspiração, o caso *Marbury v. Madison*, de 1803,<sup>64</sup> não foi o único a marcar o início do *judicial review* na legislação dos Estados Unidos.

---

<sup>61</sup> Estudo preliminar de Luis Pomed Sánchez à obra de LAMBERT, Eduard. **El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos**. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

<sup>62</sup> Koopmans explica como os redatores da Constituição dos Estados Unidos levaram a ideia da separação de poderes, "que o poder limita o poder", mais a sério do que os autores europeus. KOOPMANS, Thijmen. The roots of judicial activism. In: MATSCHER, F; PETZOLD, H (Eds.). **Protecting human rights: The European Dimension**. Studies in honour of G.J. Wiarda, Köln: Carl Heymanns Verlag 1988, pp. 317-327. Disponível em: <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/22743>

<sup>63</sup> LAMBERT, Eduard. **El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos**. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Madrid: Editorial Tecnos, 2010. p. 27-29.

<sup>64</sup> Compreender o caso envolve um olhar para seu contexto histórico. Segundo Sanford Levinson, a "questão de direito diretamente envolvida em "Marbury" representa e reforça a ideia de supremacia judicial, ao invés da supremacia da Constituição. O caso, para ele, representava uma importância política dentro do momento de transição vivido nos Estados Unidos, no início do século XIX. Com Thomas Jefferson eleito presidente, John Marshall foi empossado como Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos. Marshall, até então Secretário de Estado da administração cessante, foi nomeado em um contexto de projetos normativos que trariam desvantagens para a administração Jefferson, entre elas, diferentes reformas na justiça, que incluíam nomeações de juízes previamente estabelecidas e endossadas. Uma vez assumida sua presidência, Jefferson ordenou que seu secretário de Estado, James Madison, retivesse algumas nomeações pendentes que tiveram a aprovação do Senado, entre elas a de Marbury e outros nomeados, que pediram a Madison para notificá-los de suas nomeações, notificação que nunca resultou. Diante desse silêncio, foi ajuizada ação perante a Suprema Corte, solicitando que Madison fosse ordenado, por meio do *writ of mandamus* – ato governamental – a se ratificar no cargo. Porém, em 1802, o Congresso, impediu a Corte de se reunir, modificando os períodos de reunião, ato que afetou e postergou, em até dois anos, ou seja, para 1803, a decisão do caso Marbury. O que é relevante no caso é que o Tribunal considerou que a lei da competência invocada por Marbury e seus litigantes conjuntos era inconstitucional, o que os deixou sem jurisdição. Apesar de Marbury ter afirmado a competência dos tribunais federais para revisar os atos do

Pelo contrário, conforme já dito, antes mesmo do *Judiciary Act of 1789* os tribunais estaduais já haviam instituído, mesmo sem ampla relevância, o precedente de deixar sem efeito medidas legislativas que violassem as constituições estaduais. A partir de 1861, início da Guerra Civil, o *judicial review* adotou duas manifestações: a primeira, vertical, herança do *Judiciary Act of 1789* e do regime federal do dever dos juízes, em que se declarara a inconstitucionalidade das normas do Estado, sempre sob a supervisão da Suprema Corte. E, a segunda, horizontal, estabelece um controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte, não sobre a atuação dos tribunais como subordinados, mas sobre autoridades iguais e coordenadas, ou seja, sobre o Poder Legislativo e Executivo federal.<sup>65</sup>

Segundo Marcelo Casseb Continentino, antes de *Marbury v. Madison* foram tomadas decisões que configuraram um ambiente de transição para a decisão Marshall. Destacam-se dois casos: o primeiro, *Holmes v. Walton*, de 1780, da Corte Suprema de Nova Jérsei, que apresenta algumas ideias de que a lei é nula e sem efeito por violar a Constituição. Da mesma forma, *Rutgers v. Waddington*, de 1784, da Suprema Corte de Nova Iorque, que buscou, além de reafirmar a ideia de supremacia da Constituição (mesmo num ambiente prejudicado pela importância da lei e da cultura jurídica inglesa), preservar a intangibilidade do Tratado de Paris para a sobrevivência da unidade política da confederação, deixando em segundo plano a sua hierarquia normativa. Há também o caso *Trevett v. Weeden*, de 1786, talvez um dos primeiros casos de declaração de inconstitucionalidade de uma lei em face de sua incompatibilidade com a Constituição estadual. Esses casos, entre outros, permitiram construir

---

governo, o Tribunal observou que, quando um funcionário, neste caso, um Secretário de Estado, é encarregado de certas obrigações, das quais a garantia depende dos direitos dos indivíduos, torna-se um funcionário da lei e é responsável perante ela. Ademais, que, apesar de a Constituição dos Estados Unidos não prever nenhuma norma para regular o caso, a jurisdição original foi invocada com base no art. 13 do *Judiciary Act*, que conferiu competência ao tribunal para expedir o mandado de segurança na sede de origem ou de recurso, matéria entendida pacificamente para a época. No entanto, Marshall contradisse esta interpretação dedutível dos artigos, intrometendo-se na constitucionalidade da norma, lançando as bases de que os tribunais federais são tribunais de jurisdição limitada, o que implica que o Congresso não pode expandir a jurisdição federal. Assim, com a decisão, o Tribunal aparece como o último intérprete da Constituição. No entanto, outro aspecto importante da decisão tem a ver com a maneira como Marshall modificou o estilo ou jeito de ditar sentença. Tradicionalmente, a decisão se desdobrava no mesmo número de votos ou opiniões que os juízes que compunham o tribunal, cada um deles tinha voto fundamentado. Com Marshall, decidiu-se “delegar” a um dos membros a responsabilidade de projetar a decisão, atualmente identificada como “*Opinion of the Court*”. GARAY, Alberto F. La enseñanza del caso “*Marbury vs. Madison*”. **Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho**. v. 7, n. 13, 2009, pp. 131-136. Disponível em: < [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/13/la-ensenanza-del-caso-murbury-vs-madison.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/13/la-ensenanza-del-caso-murbury-vs-madison.pdf)> Acesso em: 10 julho de 2020.

<sup>65</sup> LAMBERT, Eduard. **El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos**. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Madrid: Editorial Tecnos, 2010. pp. 37-45.

a ideia ou o *status* da Constituição como norma vinculativa para o caso concreto, para além de uma *fundamental law*, configurando-se como *Paramount law*.<sup>66</sup>

Com base no reconhecimento e na importância do caso *Marbury v. Madison*, assim como o exercício interpretativo do Juiz John Marshall, confirma-se que no sistema estadunidense existe um consenso histórico de que os juízes são os intérpretes da Constituição, e, nesse exercício hermenêutico, como construção constitucional, não apenas seu conteúdo é reconhecido, mas também as variáveis sociais e jurídicas que lhe são equivalentes. A partir desse caso entende-se que o ato de dizer a lei, e decidir a relação entre as leis quando conflitantes, corresponde à essência do dever judiciário, constituindo uma doutrina constitucional sobre a forma adequada de interpretar a Constituição e, principalmente, do controle de constitucionalidade. O caso *Marbury v. Madison* impõe não apenas a ideia da supremacia da Constituição, mas do papel legítimo do juiz de exercer o controle de constitucionalidade. Ambos os pressupostos visam a gerar oposição à aplicação de uma lei que impunha funções não previstas para o Judiciário na Constituição. Desse modo, a icônica decisão representa um "paradoxo", porquanto se aplica o controle de constitucionalidade para evitar outro poder incidental (com origem na lei sob controle), amparado no que eventualmente a Constituição prescreveu como um novo poder geral e sistemático, que não está previsto no seu texto.<sup>67</sup>

Durante a última década do século XIX e a primeira do século XX, houve uma tendência de interferência da atividade dos juízes estaduais sobre certas leis (principalmente nas trabalhistas ou industriais) ao declararem sua inconstitucionalidade, sob a justificativa de contradição ou incompatibilidade com as leis constitucionais estaduais.<sup>68</sup> Diante desse cenário, para reagir contra a ingerência dos juízes no campo da legislação, apresentou-se um descontentamento popular; uma espécie de revolução das massas perante o Judiciário ou um

---

<sup>66</sup> Entre esses outros casos, encontra-se: *Bayard v. Singleton y Hylton v. United States*. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Histórica do *judicial review*. O mito de Marbury. **RIL Brasília**. Ano 53, n. 209, jan./mar. 2016, pp. 115-132. Disponível em: < [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril\\_v53\\_n209\\_p115.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p115.pdf)> Acesso em: 10 julho de 2020.

<sup>67</sup> AREVALO RAMIREZ, Walter Orlando; GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda. Interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio. **Ius et Praxis**. V. 24, n. 2, 2018. pp. 393-430. Disponível em: < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n2/0718-0012-iusetp-24-02-00393.pdf>> Acesso em: 15 julho 2020.

<sup>68</sup> Atitude que se destaca nos casos relacionados ao controle do mérito econômico: *Adair contra US, Coppage contra Kansas, Adams contra Tunner, Hamer contra Dagenport*, casos que convidam a fazer uma leitura *nolumus mutare*, contra o poder que faz a Lei. LAMBERT, Eduard. **El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos**. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, pp. 75-85.

*recall* contra decisões judiciais, que defendendo-o por diversos setores, influenciou de alguma forma a independência dos juízes.<sup>69</sup>

A partir dessa transição histórica, o *judicial review* apresenta um desmembramento voltado para o reconhecimento de um controle interpretativo, uma prática amplamente conhecida na Colômbia e no Brasil; ou seja, a interpretação foi levantada como uma segunda forma ou complemento ao controle tradicional, como uma medida intermediária entre a pura e simples aceitação e a rejeição ou inconstitucionalidade das leis, que indiretamente, no que se refere às questões econômicas, deu lugar ao estabelecimento de atrasos, reforçados à custa da “liberdade de movimento do capitalismo”, perdendo o foco de sua origem, ou seja, a “defesa do equilíbrio social tradicional”.<sup>70</sup>

Em suma, até 1893 o *judicial review* aparecia como um mecanismo normal da organização federalista, voltado para a resolução de conflitos de jurisdição e, de 1893 até a segunda década do século XX, reorientou a sua função de “instrumento de exercício da supremacia política judicial”, visando à salvaguarda de um poder conservador, no que se refere à regulação, filtragem e freio da atividade dos demais poderes, principalmente o Legislativo. Desse modo, de acordo com a provocação de Lambert, para se argumentar a alteração do equilíbrio de poderes, percebe-se que o peso se inclinou principalmente para uma "visão social",

---

<sup>69</sup> Nas palavras de Lambert “*la opinión de la muchedumbre se volvió desafiante y hostil frente a la ley, la constitución y los tribunales*”, chegando mesmo a pensar que a ameaça de reconvocação, uma espécie de revogação dos eleitores, pode recair sobre eles antes do término do mandato. Essa ideia semeou força, apoiada principalmente pelo presidente William Taft, criando o ponto de partida de uma posição a favor do *recall* dos juízes. Autores como Jones Ford concordaram no reconhecimento da seriedade que implica a atitude do Tribunal para com a legislação social e os seus reflexos sobre a paz da União e a segurança das relações jurídicas. Essa questão, então, na visão de Ford, corresponderia a uma máquina política que pode exercer pressão sobre os Tribunais. Porém, o presidente Roosevelt, diante do temor de interferir na independência dos juízes, propôs, por meio da invocação da *due process clause* em face dos atos legislativos, deixar, por meio do voto popular, o poder de determinar se a declaração de inconstitucionalidade pronunciada teve de ser mantida ou rejeitada. No entanto, o anterior deve tratar de questões econômicas que colocaram em risco o bem de todo o povo, expedidas por Tribunais Supremos que declararam inconstitucionais os estatutos dos Estados, sem considerar sua compatibilidade ou não com a Constituição Federal. LAMBERT, Eduard. **El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos**. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, pp. 106-112. Assunto semelhante, não por isso perigoso, foi recentemente apresentado na Colômbia, com o projeto de Emenda Constitucional 240 de 2019, por meio do qual se pretendia que os cidadãos pudessem solicitar referendos para a revogação da interpretação da Constituição feita através das decisões da Corte constitucional, quando as considerassem contrárias aos seus princípios ou que afetasse seus direitos fundamentais. O projeto foi arquivado devido ao vencimento dos prazos.

<sup>70</sup> Isso é ilustrado por Lambert quando o autor analisa os efeitos do *Sherman Act Anti-trust*, e como as políticas de *trust* influenciaram a ação judicial nos Estados Unidos. “*Las numerosas declaraciones de inconstitucionalidad lanzadas contra las leyes referentes a los accidentes de trabajo no han hecho más que retardar, en una medida de quince años, la realización de la reforma llevada en Francia a finales del siglo XIX*”. P. 255. LAMBERT, Eduard. **El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos**. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Madrid: Editorial Tecnos, 2010. pp 150-154; 190-194; p. 255.

produto do tradicionalismo corporativista daqueles que exibem interesses econômicos particulares.<sup>71</sup>

Assim, segundo o autor, a essência do *judicial review* consistia em evitar a intrusão dos Estados nos domínios reservados à ação do governo federal, apresentando-se como uma “função de instrumentalização e regularização do federalismo”; no entanto, sua aplicação foi, de certa forma, perdendo o foco, ao reconhecer também um controle interpretativo, muitas vezes em favor de grandes e particulares interesses econômicos. Isto é, o *judicial review* aparece como um instrumento de poder funcionalmente perigoso.<sup>72</sup> Essa premissa de Lambert é compatível conceitualmente com a ideia atual de Ran Hirschl, Claire Cutler, Stephen Gill, Gill Stephen e Tim Di Muzio, que analisam o constitucionalismo contemporâneo como um seguro das elites, que, sempre buscando minimizar seus riscos, delegam aos tribunais a autoridade para traduzir as disposições constitucionais e para lidar com questões políticas específicas. Nesse sentido, foi se estruturando um projeto político de classe concebido para cimentar o capitalismo liberal democrático como “modelo” do desenvolvimento futuro.<sup>73</sup>

Nesse contexto, as ideias de supremacia constitucional e do juiz constitucional como tradutor dos dispositivos constitucionais, que influenciaram os sistemas jurídicos em todo o mundo, incluindo Colômbia e Brasil, tornaram-se compatíveis com uma ideia de governança econômica global para além do espaço democrático de superação das desigualdades, que após a Segunda Guerra Mundial, pautadas pelo medo das incertezas geradas pelas transições políticas e seus possíveis vencedores, viram na revisão judicial ou no *judicial review* uma forma de segurança para todos, facilitando a transição democrática e, ao mesmo tempo, liderando um grupo relativamente poderoso e independente para minimizar seus temores por meio da atuação dos juízes constitucionais. Parte desses temores, representados na ameaça da perda do controle sobre os resultados do processo de formulação de políticas públicas, são superados na busca da constitucionalização de todas as questões envolvidas nesses processos. Da mesma forma, quando se atinge um ponto em que as elites veem seus status políticos ameaçados, opta-se pela

---

<sup>71</sup> A realidade do trabalho original de Lambert, “*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*” corresponde a 1921. LAMBERT, Eduard. **El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos**. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Madrid: Editorial Tecnos, 2010. p. 250.

<sup>72</sup> LAMBERT, Eduard. **El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos**. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, pp. 140- 150.

<sup>73</sup> GILL, Stephen., CUTLER, Claire. Genealogy, origins and world order. *In: New Constitutionalism and World Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 78-79, 2014; DI MUZIO, Tim. Toward a genealogy of the new constitutionalism: the empire of liberty and domination. *In: GILL, Stephen., CUTLER, Claire (ed). New Constitutionalism and World Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 81-94.

reforma constitucional<sup>74</sup> ou pela convocação de uma constituinte como manobra de constitucionalização, a fim de preservar sua hegemonia.<sup>75</sup>

Michel Mandel ilustra o exposto. Segundo sua análise da história recente do constitucionalismo, enquanto as instituições representativas da tomada de decisão política estavam nas mãos de círculos sociais estabelecidos, ou seja, de magistrados econômicos ou da aristocracia política e profissional, a soberania do Legislativo era elogiada por políticos e teóricos constitucionais como a mais sagrada, dotada de valores democráticos. Conseqüentemente, a delegação de decisões políticas aos Tribunais Constitucionais, nesse contexto, foi limitada. Porém, à medida que os representantes políticos dos interesses estabelecidos começaram a perder o controle dessas instituições, gerou-se uma preocupação com a tirania da maioria, enaltecendo o *judicial review* e a transferência de funções políticas para os tribunais. Assim, o constitucionalismo contemporâneo e o crescente papel do Judiciário foram gerados pelo receio das elites de perder seu *status quo*.<sup>76</sup>

Trazendo a discussão para o contexto da Colômbia e do Brasil, as realidades não diferem do entendimento de que, em decorrência da influência americana e pós-revolucionária francesa, as constituições, nas palavras de Cristiano Paixão, nasceram “saturadas de futuro”, surgindo como um "artefato social" destinado a permitir uma transição ou gestão entre o passado, o presente e o futuro. No Brasil, por exemplo, como resultado da experiência traumática deixada pelas guerras mundiais e o estabelecimento de uma ditadura militar no contexto da Guerra Fria, a transição para a democracia esteve associada à resistência de diferentes forças políticas que se opuseram à ditadura, e trouxe a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte em 1987.<sup>77</sup> Na Colômbia, o período que antecede a

---

<sup>74</sup> Um exemplo de como as elites optam pela reforma constitucional, Magdalena Correa Henao faz uma análise de que muitas vezes “*además de las razones del sentido común y dela historia, razones de Derecho*”, não sempre é necessário uma reforma constitucional. Principalmente, porquanto “*existen unos límites materiales implícitos al poder de reforma constitucional que, como valores intangibles y permanentes, no se pueden eliminar o suprimir de la Constitución, pues constituyen o manifiestan ese modo de ser del Estado, ese sistema organizado para que el ser humano sea libre y por tanto feliz*”. CORREA, Magdalena. Contra una reforma constitucional. **Revista Derecho del Estado**, n. 13, dez, 2002. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/827/783>

<sup>75</sup> A exemplo de Hirschl, as transformações democráticas na Espanha e em Portugal em meados dos anos 1970 caracterizaram-se pela falta de um único núcleo de poder político após a ditadura e pela rápida adoção de fortes mecanismos de revisão constitucional. Por sua vez, as elites brancas da África do Sul, descobriram de forma "milagrosa" as virtudes da revisão judicial, quando viram que os dias do Apartheid estavam contados HIRSCHL, Ran., The origins of the new constitutionalism: lessons from the ‘old’ constitutionalism. In: GILL, Stephen., CUTLER, Claire (ed). **New Constitutionalism and World Order**. New York: Oxford University Press, 2014, pp. 100-103.

<sup>76</sup> HIRSCHL, Ran., The origins of the new constitutionalism: lessons from the ‘old’ constitutionalism. In: GILL, Stephen., CUTLER, Claire (ed). **New Constitutionalism and World Order**. New York: Oxford University Press, 2014, p. 100-107.

<sup>77</sup> PAIXÃO, Cristiano. A construção do futuro: os 30 anos da Constituição de 1988. **Revista Humanidades**. Brasília, n. 62, pp. 103-109. dez 2018.

Constituição de 1991 foi caracterizado pela violência política e por grave crise institucional, acentuada ainda mais na década de 1980 com o assassinato de candidatos presidenciais, a perpetração sistemática de massacres ao longo do território nacional, a sementeira do medo nos centros urbanos mais populosos e os grupos guerrilheiros contra ataque. Todos esses fatores desencadearam graves violações de direitos humanos, muitas vezes justificadas pelos amplos poderes de exceção do Executivo.<sup>78</sup>

Embora a referência imediata ao papel da justiça constitucional corresponda à promulgação das Constituições de 1991 e de 1988 (da Colômbia e do Brasil, respectivamente), a verdade é que o controle de constitucionalidade tem uma história anterior – desde a Constituição de 1853, na Colômbia, com maior reconhecimento desde a reforma constitucional de 1910, e desde a Constituição de 1891 no Brasil, com alguns ecos sobre o controle judicial e sobre a interpretação na Constituição imperial, porém, por meio de delegação e controle legislativo, em que a salvaguarda da Constituição era uma questão de instância política.<sup>79</sup>

Na Colômbia, a emissão do ato legislativo nº 3 de 1910, pelo qual confiou-se à Corte Suprema de Justiça a guarda da Constituição e a faculdade de decidir definitivamente sobre a constitucionalidade dos atos legislativos ou de todas as leis ou decretos submetidos ao seu conhecimento por qualquer cidadão – sob a injunção da ação de exceção de inconstitucionalidade –, foi marcado pela derrubada da ditadura militar de Rafael Reyes e o impulso de liberais e conservadores para melhorar as instituições do Estado de Direito. Essa nova forma de controle, exclusivamente judicial, com suas posteriores reformas em 1945 e 1968 até a edição da Constituição de 1991, consolidou-se como um controle de natureza mista, de tipo concentrado e difuso.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Sobre a declaração de "estado de sítio" antes da Constituição de 1991, ver: VANEGAS GIL, Pedro Pablo. La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después. **Revista Derecho del Estado**, n. 27, p. 261-290, 2011. No Brasil, o assunto não é estranho; o instrumento da declaração de estados de exceção foi amplamente utilizado entre 1930 e 1945, período em que foram editadas duas constituições, marcadas pela instabilidade política, o governo recorreu formal ou informalmente para decretar estados de exceção, tornando-se prática usual, desde que o governo ou o setor militar previssem uma perspectiva de ameaça. PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, v. 13, n. 26, 2011, pp. 146–169. Sobre o contexto anterior à Constituição de 1991, na Colômbia: UPRIMNY YEPES, Rodrigo; SÁNCHEZ DUQUE, Luz Maria. Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después. **Cahiers des Amériques latines**, n. 71, 2012, pp. 33-53. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/cal/2663#quotation>> Acesso em: 15 de setembro de 2020.

<sup>79</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História contextual do controle de Constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira. **Quaestio Iuris**. vol. 10, no. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2521 -2543 DOI: 10.12957/rqi.2017.27469.

<sup>80</sup> Por sua vez, segundo Villar Borda, “*el control de las normas en el sistema colombiano se distingue por adoptar las dos vías de impugnación de la ley, la una directa que persigue su anulación, es decir, tiene carácter general y la otra indirecta, que busca su no aplicación por el juez, o sea de carácter individual, también conocida como derecho de examen*”. VILLAR BORDA, Luis. Influencia de Kelsen en el actual sistema colombiano de



Na atual Constituição de 1991, segundo Mario Cajas Sarria, o controle de constitucionalidade foi transformado, não apenas quanto ao seu quadro institucional, já que o exercício de sua competência foi confiado à Corte Constitucional, mas também pelo estabelecimento de uma ação de “tutela” ou proteção judicial (imediate e sumária) dos direitos fundamentais. Semeou-se, assim, uma tradição mista de controle de constitucionalidade com jurisprudência, inicialmente da Corte Suprema de Justiça e depois da Corte Constitucional, que estabeleceu limites aos demais poderes – principalmente em matéria de controle de tratados por vício de procedimento e reforma da Constituição.<sup>81</sup>

Desse modo, a nova constituição impôs não só a preservação da sua salvaguarda e supremacia, mas também a proteção e a garantia efetiva de todos os direitos fundamentais, por meio do estabelecimento de mecanismos jurídicos concretos, impedindo que as liberdades dos indivíduos, especialmente das minorias, permanecessem nas mãos políticas “do dia ou da vez”. Esse problema faz parte da complexidade do sistema colombiano; por um lado, mostra uma aparente estabilidade democrática e institucional, mas por outro revela uma manifesta fragilidade dos movimentos sociais e uma palpável desigualdade social.<sup>82</sup>

No caso do Brasil, como se observou, foi em 1891, e posteriormente com a Lei n° 221 de 1894, que se instituiu um sistema difuso de controle de constitucionalidade dos atos normativos, influenciado pelo sistema estadunidense, principalmente no que tange à adoção de um sistema federal e republicano, atribuindo-se competência a todos os órgãos do Judiciário para avaliar casos específicos e verificar os pressupostos das leis e atos com a Constituição. Posteriormente, com a Constituição de 1934, a eficácia jurídica do controle de constitucionalidade pelos tribunais federais ou estaduais ficou limitada e/ou condicionada ao plenário do Judiciário; também foi instituída a figura da representação interventiva, hoje denominada ação direta de inconstitucionalidade, como importante inovação em matéria de controle concentrado de constitucionalidade. Vale ressaltar que, durante a vigência da Constituição de 1946, com a Emenda Constitucional n° 16 de 1965, editada durante a ditadura

---

control jurisdiccional de la Constitución. **Revista Derecho del Estado**, n. 9, dez. 2000, p. 17- 29. Disponível em: <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/877/832>. Acesso em: 15 julho 2020.

<sup>81</sup> CAJAS SARRIA, Mario. Origen del control constitucional de las leyes por vicios de forma en Colombia (1910-1952). In: MAC-GREGOR, Eduardo, ZALDÍVAR, Arturo (Coord) **La ciencia del Derecho Procesal Constitucional**. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Ciudad de México: UNAM-IMDPC-Marcial Pons, 2008, pp. 129-149.

<sup>82</sup> É o chamado de "paradoxo colombiano", também marcado pela “*idea de que la juridización de los problemas sociales y políticos en Colombia es de tal importancia que tiene implicaciones decisivas en la caracterización del régimen político colombiano*”. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida. Estudio preliminar. Derecho, justicia y sociedad en Colombia. **Democracia, Justicia y sociedad**. Diez años de investigación en Dejusticia. In: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida (ed). Bogotá D.C: Dejusticia, 2016, p. 13.

militar, foi instituída a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, cuja legitimidade ativa era do Procurador-Geral da República, permitindo assim uma “fiscalização” por meio de um controle concentrado de qualquer lei e qualquer ato de natureza normativa. Exceto por pequenas alterações, essas características foram mantidas durante as Constituições editadas durante a ditadura, ou seja, as de 1967 e 1969.<sup>83</sup>

Apesar das “alterações menores”, é pertinente observar que, desde o início, sob o regime autoritário, somente o Supremo Tribunal Federal conseguiu exercer sua atividade autônoma e independente. Suas decisões, no entanto, passaram a incomodar o comando militar, que apresentou propostas legislativas para adequar o Tribunal junto com as outras instâncias do Judiciário. Entre essas medidas está o Ato Institucional nº 2 de 1965, pelo qual, em termos específicos de controle de constitucionalidade, impediu-se a apreciação judicial de atos de governo, baseados na “legislação revolucionária” de 1964. Da mesma forma, a partir da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, com o início de um controle concentrado da constitucionalidade, o tradicional sistema brasileiro difuso/concreto, produto de uma tradição estadunidense de revisão judicial ou *judicial review*, passou a ser enquadrado como misto, ao incorporar elementos da tradição austríaca (modelo concentrado/abstrato). Em suma, destaca-se que o exercício do controle de constitucionalidade foi fragilizado pela concentração do poder no Executivo porque ao mesmo tempo despojava o Judiciário de condições mínimas de independência. O contexto histórico-político impediu uma declaração de legitimidade do Supremo Tribunal Federal para dizer qual é a última instância do Direito.<sup>84</sup>

Assim como o controle de constitucionalidade, a transição para a democracia – no contexto pós-ditatorial brasileiro – também envolve a ideia de Constituição. Para Cristiano Paixão, o conceito de Constituição não deve ser entendido apenas como uma ferramenta intelectual. Pelo contrário, pressupõe uma prática política traduzida em ações, discursos e ideias, e construída pela ação política. Dessa forma, o discurso e a prática política que moldaram

---

<sup>83</sup> MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Evolução do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil da Constituição Imperial à Emenda Constitucional no 45/2004. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006. Disponível em: < [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/170/ril\\_v43\\_n170\\_p17.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/170/ril_v43_n170_p17.pdf)> Acesso em: 15 agosto 2020. Nas palavras de Marcelo Casseb Continentino, “*foram lançadas as bases para a fiscalização concentrada e abstrata da constitucionalidade dos atos normativos, a qual, desde então, tornou-se a mais grave e sensível competência do STF*”. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História contextual do controle de Constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira. **Quaestio Iuris**. vol. 10, no. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2536. DOI: 10.12957/rqi.2017.27469.

<sup>84</sup> Em relação às decisões ainda independentes do Supremo perante os atos da ditadura, destaca-se, “*habeas corpus do professor Sérgio Cidade de Resende e dos governadores Miguel Arraes, de Pernambuco, e Mauro Borges, de Goiás*”. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História contextual do controle de Constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira. **Quaestio Iuris**. vol. 10, no. 04, Rio de Janeiro, 2017. P. 2537, DOI: 10.12957/rqi.2017.27469.

a Constituição de 1988 no Brasil não partiram de um texto básico sujeito à proposição de reformas, mas optaram pela estruturação de um novo modelo, baseado em uma Assembleia Nacional Constituinte descentralizada e aberta.<sup>85</sup>

Esse modelo de Constituição, escrita e rígida, em termos de controle de constitucionalidade, privilegiou um sistema de controle misto, ou seja, concentrado e difuso. Sistema esse que, posteriormente, por meio da Emenda Constitucional nº 03 de 1993, sofreu alterações com a incorporação da Ação de Declaratória de Constitucionalidade (ADC)<sup>86</sup> e seus efeitos vinculantes. Da mesma forma, com a Lei nº 9.868 de 1999 ampliou-se seus efeitos vinculantes à existente Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a possibilidade de modulação dos efeitos temporários das decisões tomadas sob controle concentrado e abstrato.

Na atualidade, com a Lei nº 9.882 de 1999, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o controle de constitucionalidade supõe um amplo movimento expansivo do modelo concentrado e abstrato, em detrimento da tradição de controle difuso e concreto da constitucionalidade.<sup>87</sup>

A eficácia desse movimento expansivo de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade não se deve apenas ao aumento do número de legitimados a proporem ações do controle abstrato de constitucionalidade, o qual, comparado ao sistema colombiano, é muito mais restrito, pois neste último existe uma universalidade de legitimados a provocarem a Corte Constitucional para a declaração de inconstitucionalidade de uma norma.<sup>88</sup> Por outro lado, essa eficácia deve ter uma leitura histórica e crítica das reformas realizadas, desde o regime militar e após 1988, o que corresponde, principalmente, com uma análise sobre a centralização da interpretação constitucional ao Supremo Tribunal Federal, a resolução monocrática das

---

<sup>85</sup> PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, v. 13, n. 26, 2011, p. 151.

<sup>86</sup> Em termos processuais, com a ADI é solicitada a declaração de inconstitucionalidade, enquanto na ADC é solicitada a declaração de constitucionalidade.

<sup>87</sup> GONÇALVES, Nicole. P. S. Mader. As transformações discretas do controle de constitucionalidade difuso e concreto: uma realidade que precisa ser reconhecida e refletida. **A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 61-103, jan/mar. 2009.

<sup>88</sup> Em relação ao controle difuso, na Colômbia, a decisão sobre a inconstitucionalidade de uma norma pode ser atribuída à Corte Constitucional ou ao Conselho de Estado e, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal. Já sobre o exercício e a democratização do acesso à justiça constitucional, na Colômbia, em virtude do artigo 241 da Constituição de 1991, a Ação pública de inconstitucionalidade pode ser impetrada por todos os cidadãos ou grupos de cidadãos no exercício de seus direitos políticos. No Brasil, ao contrário, de acordo com o artigo 103 da Constituição de 1988, limita-se aos legitimados universais ou aos legitimados com relevância temática. Os primeiros, independentemente da matéria em discussão no STF, são o Presidente da República, o Presidente da Mesa do Senado, o Presidente da Câmara dos Deputados, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Procurador-Geral da República. Os segundos, demonstrando vínculo com o tema, são atores regionais, como Governadores e a Assembleia Legislativa, ou atendendo a interesses de associados, associações com representação ou partidos políticos.

decisões, a ausência de filtros que identifiquem casos em que direitos fundamentais sejam efetivamente violados para além de interesses particulares, e uma chamada sobrecarga do sistema de justiça, que justifica todo tipo de falta de efetividade.<sup>89</sup>

Desse modo, o controle de constitucionalidade das leis tem sido ponto de discussão atribuído à justiça constitucional, no sentido de traçar contornos e estabelecer limites ao seu exercício e à sua atuação, “defender” a validade da vontade democrática do Constituinte, identificar sua legitimidade, e analisar a discussão sobre a interpretação da Constituição e o papel da argumentação jurídica. Legitimidade, limites e interpretação: três ideias fundamentais em torno da compreensão do comportamento judicial.<sup>90</sup>

### **1.3. O desenho político-jurídico da jurisdição constitucional no Brasil e na Colômbia e seus reflexos no protagonismo da atividade judicial**

O desenho político-jurídico da jurisdição constitucional corresponde a uma análise da discussão sobre sua origem, composição e competência, que, tanto na Colômbia quanto no Brasil, assume particular relevância nas suas Assembleias Nacionais Constituintes, havendo apenas cinco anos de intervalo entre elas (1991 e 1987-1988, respectivamente).

No entanto, a partir de uma concepção geral, segundo Mauro Cappelletti o florescimento da justiça constitucional, que mistura as formas da justiça jurídica e a substância da justiça natural, nasceu como um desejo de proteger vontades permanentes, além das temporárias (inconstantes) do povo. Esse desejo é um tripé que sintetiza o constitucionalismo atual: (i) a supremacia de certos princípios superiores; (ii) a necessidade de reduzir a lei superior à forma escrita; (iii) o uso do Judiciário como uma ferramenta para fazer cumprir a Constituição. Esse tripé cresceu sob fundamentos e ideias estrangeiras já expostas, mas que ganharam relevância e preocupação quando o princípio da legalidade foi objeto de perversão durante o século XX.

---

<sup>89</sup> Para uma análise empírica do impacto da estratégia "sem sucesso" do controle concentrado e da chamada "sobrecarga" judicial da justiça, ler: COSTA, Alexandre Araújo; DE CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan; DE FARIAS, Felipe Justino. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 12, n. 1, pp. 155-187, jan/abr, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n1/1808-2432-rdgv-12-1-0155.pdf>. Acesso em: 20 julho 2020.

<sup>90</sup> BERNAL, Carlos. En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes. **Revista Derecho del Estado**, n.7, dez, 1999, pp. 121-138. Sobre o modelo de justiça constitucional europeio: KELSEN, Hans. Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. **The Journal of Politics**. v. 4, n. 2, 1942, pp. 183-200.

Assim, a “revolução constitucional” dessa época pode ser sintetizada na tentativa de evitar os erros do passado, principalmente aqueles relacionados à opressão governamental.<sup>91</sup>

Dentro desse contexto, é importante entender e diferenciar os conceitos de Corte e Tribunal Constitucional, ainda mais pelo fato de que no Brasil o exercício da jurisdição constitucional é conduzido por um Supremo Tribunal Federal. Na Colômbia, onde existem três tribunais de cúpula<sup>92</sup>, existe também uma Corte Constitucional. Parte-se do entendimento de que uma Corte Constitucional é um órgão autônomo e, embora tenha fisionomia judiciária, está afastado do Poder Judiciário. Por sua vez, aqueles que defendem a ideia de que ela é parte Judiciário sustentam que sua institucionalização confere segurança às garantias constitucionais, à divisão de poderes, à descentralização e à especialização da justiça.<sup>93</sup>

Aparentemente, essa diferença não ganha maior relevância se analisado o esquema kelseniano, segundo o qual foi proposto um Tribunal especializado de controle de constitucionalidade, uma Corte Constitucional como único órgão competente para garantir a supremacia da Constituição, evitando-se, dessa maneira, o perigo de contradições nas decisões costumeiras dos órgãos encarregados da aplicação da lei, primando pela importância de se proporcionar segurança jurídica às decisões em uma sociedade democrática. Assim, a ideia de que Corte ou Tribunal se diferem na medida em que um faz parte do judiciário e o outro não, não foi tão importante quanto entender se a Corte ou o Tribunal se identificavam com guardiões especiais da Constituição e se tratavam e/ou analisavam apenas questões constitucionais. Assim, é sobre essa especialidade que deve se analisar os contextos colombiano e brasileiro, já que, como o próprio Kelsen reconheceu, o estabelecimento de uma Corte como “solução uniforme” depende de cada sociedade e cultura jurídica.<sup>94</sup>

Diante do exposto, e segundo Carlos Mário Velloso, no Brasil, no seio da Assembleia Nacional Constituinte o debate sobre a criação ou não de uma Corte Constitucional teve

---

<sup>91</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Judicial Review in Comparative Perspective. *California Law Review* v. 58, no. 5, pp. 1017-1053, 1978. DOI. <https://doi.org/10.2307/3479676>

<sup>92</sup> O Conselho de Estado para a Jurisdição Contenciosa Administrativa; a Corte Suprema de Justiça para a jurisdição ordinária, isto é, trabalhista, civil, criminal e a Corte Constitucional para a jurisdição constitucional.

<sup>93</sup> CERVANTES, Luis. **Los Tribunales Constitucionales en el Derecho Comparado**. Un estudio introductorio sobre sus antecedentes y su situación jurídica actual. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a12011.pdf>. Otto Marroquín Guerra, não faz distinção entre Cortes e Tribunais. Para o autor, “*se entiende por Tribunales Constitucionales, a los altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación*”. (Sublinhado fora do original). MARROQUÍN, Otto. El Magistrado Constitucional. *Revista de Derecho*, Managua, n. 8, 2004. p. 101-112.

<sup>94</sup> Uma ideia contrária foi proposta por Carl Schmitt, que defendeu uma sociedade homogênea, governada de forma autocrática, na qual o guardião da Constituição corresponderia com o executivo. MORESO, José Juan. La justificación del control de constitucionalidad en Kelsen. In: RAMIREZ CLEVES, Gonzalo (ed). **Ecós de Kelsen: vida, obra y controversias**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 537-375.

resultado parcial, pois não só reconhecia uma tradição centenária do Supremo Tribunal Federal em termos de controle de constitucionalidade, como o dotava dessa característica, ou seja, um Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, inspirado no modelo europeu.<sup>95</sup> Nesse sentido, a sociedade e a cultura brasileira deram primazia à sua tradição, aceitando parcialmente as ideias de Kelsen, pois, embora o Supremo Tribunal Federal como Corte ou Tribunal Constitucional exerça um controle concentrado da constitucionalidade, ele não possui exclusividade para a análise de matérias constitucionais.

Apesar da força dessa tradição, que hoje ainda prevalece, vale a pena destacar a proposta de Constituição de José Afonso da Silva, que defende a criação de uma Corte Constitucional para o exercício específico da jurisdição e a solução de todos os conflitos constitucionais, além do exercício do controle de constitucionalidade. Em sua opinião, a sua criação corresponderia a um pressuposto fundamental e um órgão moderador para controle da harmonia institucional para a preservação dos direitos humanos, em outros termos, uma instituição para a garantia e proteção de direitos.<sup>96</sup>

No caso colombiano, a ideia de criar uma Corte também abarcou parcialmente as ideias de Kelsen, não mais quanto às competências constitucionais específicas que a Corte deveria ter, mas sim na medida em que permaneceria existindo um controle difuso, no qual os atos de governo, na maioria dos casos, seriam analisados pelo Conselho de Estado no exercício da jurisdição administrativa contenciosa. Essa realidade foi criticada por Carlos Restrepo Piedrahita e Mauro Cappelletti, que viram nisso resultados perigosos e uma grave situação de incerteza do Direito.<sup>97</sup>

Assim, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto a Corte Constitucional colombiana foram constitucionalmente integrados ao Judiciário e, de acordo com suas tradições e necessidades, ou estabeleceu-se uma jurisdição constitucional sobre um novo Tribunal ou Corte, como no caso colombiano, ou foi deixado na mão de um tribunal já existente, como no

---

<sup>95</sup> VELLOSO, Carlos Mário. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional. Uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 30, n. 120, out/dez, 1993. Ainda há quem duvide da eficácia do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, principalmente devido à visão privatista dos ministros que o compõem. Da mesma forma, devido às particularidades da cultura brasileira e da criação de uma Corte Constitucional fora do Judiciário; para o autor, o ideal seria reduzir a atual jurisdição do Supremo Tribunal Federal, que para ser um verdadeiro tribunal, precisa transferir as demais matérias de direito consuetudinário ao Supremo Tribunal de Justiça. ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano. 34, n. 135, jul./set. 1997.

<sup>96</sup> DA SILVA, José Alfonso. **Uma proposta de Constituição**. 1987, p. 11.

<sup>97</sup> VILLAR BORDA, Luis. Influencia de Kelsen en el actual sistema colombiano de control jurisdiccional de la Constitución. **Revista Derecho del Estado**, n. 9, dez. 2000, p. 17- 29. Disponível em: < <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/877/832>> Acesso em: 15 julho 2020.

caso do Brasil. Na prática, principalmente no que se refere ao exercício do controle concentrado da constitucionalidade e à resolução das controvérsias constitucionais, ou seja, no campo da jurisdição constitucional, ambos funcionam como Tribunal ou Corte Constitucional, com competências específicas e até mesmo eleitorais.

Do ponto de vista político, ao se analisar o processo constitucional brasileiro de 1987-1988 no Anteprojeto apresentado pela Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, foi prevista a criação de um Tribunal Constitucional como órgão do Poder Judiciário. Esse Tribunal seria composto por nove ministros, três deles escolhidos pelo Presidente da República, três pelo Congresso Nacional e três pelo Superior Tribunal de Justiça. Por sua vez, o mandato dos ministros que o comporiam seria limitado a doze anos, vedada a recondução, e renovada a composição por um terço a cada quatro anos. No catálogo de suas atribuições constavam processar e julgar determinados crimes de agentes públicos, bem como conhecer as causas decididas por outros tribunais em recurso extraordinário e sobre condições prévias, entre elas, as que contradizem os princípios da Constituição.<sup>98</sup>

Posteriormente, na apresentação das emendas pelos Constituintes, no que se refere aos órgãos que compõem o Poder Judiciário e suas respectivas funções, as ideias respeitaram uma tradição forte, mais que centenária, atribuída ao Supremo Tribunal Federal, e nesse sentido, travou-se um debate superficial, não por isso menos relevante, sobre a nomeação e a eleição dos ministros que o integrariam, bem como seus respectivos mandatos. Por outro lado, defendeu-se tanto a ideia da criação de um tribunal constitucional especializado, fora do

---

<sup>98</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Comissão da Organização dos Poderes e sistema de governo. **Anteprojeto**. Relatório sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

Supremo Tribunal Federal<sup>99</sup> como a atribuição dessa competência ao próprio Supremo Tribunal Federal<sup>100</sup> ou a uma câmara especializada dentro do Supremo Tribunal Federal.<sup>101</sup>

Com base no exposto, no Anteprojeto da Subcomissão do Poder Judiciário afastou-se a ideia de criação de uma Corte ou Tribunal Constitucional diferente do Supremo Tribunal Federal. Optou-se, no lugar, pela criação de uma Seção Constitucional dentro do Supremo Tribunal Federal, distinta do plenário, composta por ministros com mandato e ministros vitalícios. Enquanto os ministros vitalícios, com posse de seis anos, vedada sua recondução, seriam indicados por seção especial em regime de cooptação, os ministros com mandato seriam indicados pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo Federal. Por sua vez, essa Seção teria competência para julgar a representação por inconstitucionalidade, a inconstitucionalidade por omissão, medidas cautelares, para interpretar uma norma e para julgar em recurso constitucional quando uma decisão viola a Constituição.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> Destaca-se as emendas dos Constituintes: Vilson Souza do PMDB, quem optou pela criação de um Tribunal Constitucional fora do Supremo Tribunal Federal, composto por 15 juízes indicados pelo presidente, Câmara dos Deputados, magistrados federais com qualidades especiais, etc., para um mandato de seis anos; da mesma forma o constituinte Gaston Righi do PTB, que propôs um Tribunal Constitucional, composto por doze ministros, eleitos para um mandato de nove anos, três dentre os membros do Supremo Tribunal de Justiça e os demais dentre os membros do Ministério Público; o constituinte Brandão Monteiro do PDT; Mauricio Nasser do PMDB, para quem o Tribunal Constitucional tinha entre suas atribuições a análise da intenção da Constituinte no contexto político-institucional da época, a análise histórica, literária, gramatical e lógica do texto, no processo de interpretação constitucional. BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Apresentação de emendas**. 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

<sup>100</sup> Como foi a ideia proposta pelos constituintes: Nilson Gibson, do PMDB, que defendeu uma composição semelhante à atual, de 11 ministros, indicados pelo Presidente da República, após sua escolha aprovada pelo Senado; da mesma forma, José Carlos Grecco do PMDB, que propôs a composição de doze ministros para o exercício da jurisdição constitucional, seis eleitos por seus pares por um período de três anos, e outros seis, eleitos pelo Congresso por um período de seis anos; em sentido semelhante também, a apresentação de, Adhemar de Barros Filho do PDT; Saulo Queiroz do Partido PFL-MS; Gustavo de Faria; Paes Landim e Adolfo de Oliveira do PFL e PL; José Costa do PMDB; Ronaldo Aragão do PMDB; Maurício Corrêa do PDT; Humberto Lucena do PMDB que optou por um Supremo Tribunal Federal que atuaria como Corte Constitucional, competente para julgar processos que tratem de direito internacional ou constitucional; Lucia Vania Abrão Costa do PMDB, para quem o Supremo Tribunal Federal deveria ser o Tribunal Constitucional; Movsés Pimentel do PMDB, indicando o atual Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional; Vivaldo Barbosa do PDT, com a ideia do “Supremo Tribunal Constitucional”; Messias Goes do PFL; Prisco Viana do PMDB, que também defendeu a tradição do STF e como seria desnecessário um Tribunal Constitucional, já que o Brasil representa “*ou o controle mais completo do estado constitucional existente, nenhum mundo*”; Inocêncio Oliveira do PFL; Plínio Martins do PMDB. BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Apresentação de emendas**. 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

<sup>101</sup> Destaca-se a apresentação da emenda do Constituinte Silvio Abreu e outros do PMDB, para quem teve de ser escolhida uma Câmara Constitucional, composta por ministros por um período de 8 anos, além de Jairo Carnero de Frente Liberal ( PFL), que optou por uma Seção Constitucional composta por seis ministros vitalícios, dos onze ministros vitalícios e seis ministros temporários que a compõem. BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Apresentação de emendas**. 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

<sup>102</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. **Anteprojeto da Subcomissão. Fase C**, 25 de maio de 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)



O texto proposto foi então submetido a emendas constitucionais pela Comissão de Organização dos Poderes e do Sistema de Governo, as quais mantiveram o Supremo Tribunal Federal composto por dezesseis ministros nomeados pelo Presidente da República – após audiência pública e aprovação pelo Senado Federal, dos nomeados, da Câmara dos Deputados e das chapas ou listas de candidatos encaminhadas ao Presidente do Tribunal. Esse Supremo Tribunal Federal, ao contrário do que foi estabelecido na fase anterior, julgaria, mediante recurso extraordinário, os processos com sentenças contrárias à Constituição, a ação declaratória de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, entre outros.<sup>103</sup>

Na fase seguinte, o Anteprojeto e o Projeto de Constituição foram apresentados à Comissão de Sistematização<sup>104</sup> mantendo a ideia de um Supremo Tribunal Federal, composto por dezesseis ministros, com competência para conhecer de matéria de declaração e conformidade constitucional – bem como sua correspondente interpretação –, além de processar e julgar situações e agentes específicos.<sup>105</sup> Esse texto, submetido a plenário e a emendas populares, resultou num projeto um pouco alterado, principalmente no que se refere ao número de ministros. Nele, ficou instituído um Supremo Tribunal Federal composto por onze ministros (com garantia da vitaliciedade, imobildade e irredutibilidade), indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, com função de julgar, em recurso extraordinário, das causas decididas em última instância que sejam contrárias à Constituição, ou declarar a inconstitucionalidade de um tratado ou de uma lei federal.<sup>106</sup> Isso foi estabelecido na redação final apresentada pela comissão, que se transformou em Constituição em 5 de outubro de 1988, data de sua promulgação.<sup>107</sup>

Além de reconhecer a importância do Supremo Tribunal Federal como objeto da Assembleia Constituinte, também é necessário destacar o valor do Supremo Tribunal Federal e

---

<sup>103</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. **Anteprojeto da Comissão. Fase H**, junho de 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

<sup>104</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização. **Anteprojeto de Constituição. Fase I**, junho de 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

<sup>105</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização. **Projeto de Constituição. Fase L**, julho de 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

<sup>106</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização. **Projeto de Constituição (A). Fase Q**, novembro de 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

<sup>107</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização. **Projeto de Constituição (C). Redação Final. Fase V**, setembro de 1988. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

dos ministros da época como atores de deliberação dentro da Assembleia. Nesse sentido, Andrei Koerner e Lígia Barros de Freitas analisam o Supremo Tribunal Federal como o “produtor” da nova Constituição, que recebeu ampla e exitosa influência dos conservadores na estratégia geral para manter a intangibilidade da instituição, e como bem-sucedido ao manter sua posição institucional de cúpula do Judiciário. E, embora tenha tentado se distanciar das deliberações constitucionais, em algumas decisões em que foi questionado, decidiu pelo caráter derivado da Assembleia Nacional Constituinte, optando por examinar suas decisões. No final do processo, os seus ministros atuaram como formadores de opinião do processo constitucional, que conservadoramente, moderadamente ou liberalmente se apresentavam como entendedores prévios da Constituição, em uma transição marcada pela capacidade de limitar o alcance da redemocratização, por um lado, ou possibilitar a sua plena abertura, por outro.<sup>108</sup>

Na Colômbia, ao contrário do que aconteceu no Brasil, o processo constituinte de 1990-1991 foi baseado em projetos de reforma da Constituição de 1886. Dos 131 projetos apresentados pelos constituintes, o Governo, o Congresso, a Corte Suprema de Justiça e o Conselho de Estado, cerca de 12 estavam relacionados ao tema “justiça”. A criação de uma Corte Constitucional no âmbito jurisdicional foi ideia proposta por vários constituintes.<sup>109</sup> Alguns propunham a atribuição e manutenção do exercício do controle de constitucionalidade para a salvaguarda, a integridade e a supremacia da Constituição à Corte Suprema de Justiça, como cúpula do Judiciário, sendo esta última posição minoritária.<sup>110</sup> Nos documentos dos debates apresentados pelos constituintes das comissões, grande parte das propostas concordavam com a necessidade de criação de uma Corte Constitucional para o controle de

---

<sup>108</sup> KOERNER, Andrei; DE FREITAS, Lígia Barros. O supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova**. São Paulo, n. 88, p. 141-184. 2013. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a06n88.pdf>> Acesso em: 23 agosto de 2020.

<sup>109</sup> Sob a proposta de criar uma Corte Constitucional, desde 1966, ressoou no legislativo a ideia de criar uma Corte Constitucional autônoma – cuja proposta mais importante foi elaborada pelo constitucionalista Carlos Restrepo Piedrahita. Destacam-se, também, os projetos dos constituintes: Guillermo Plazas Alcid do Partido Liberal; Jesus Perez González-Rubio; Hernando Herrera Vergara, que em seu "Projeto de Lei de Reforma da Constituição Política da Colômbia", propôs que os magistrados fossem eleitos pelo sistema de cooptação, e cuja existência defendeu no constitucionalismo moderno de jurisdição constitucional, inspirado em Hans Kelsen, com o objetivo de corrigir a anomalia, nos casos de inconstitucionalidade, de desconhecimento da área de direito público; Antonio Galán Sarmiento, que optou por uma jurisdição constitucional, cujos magistrados seriam eleitos pelo Conselho Superior de Administração da Justiça por 8 anos; Guillermo Plazas Alcid, entre outros. **COLÔMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Proyectos de Reforma presentados por los constituyentes*, 1991.**

<sup>110</sup> Esta ideia foi defendida pelos constituintes: Alfredo Vasquez Carrisoza, Aida Avella, Jaime Fajardo, Antonio Navarro Wolff, Jose Otty Patiño; Germán Toro, Carlos Ossa, Rosenberg Pabón Pabón, que também propunham que sua eleição fosse pelo sistema de cooptação. Ressalta-se também que a maioria das propostas do Partido Social Conservador sugeria a manutenção do controle judicial da constitucionalidade na Corte Suprema de Justiça, por meio da câmara constitucional. A Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça também optou por essa opção. **COLÔMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Proyectos de Reforma presentados por los constituyentes*, 1991.**

todos os atos administrativos e judiciais, muito diferente do que acontece hoje, momento em que o Conselho de Estado também tem essa competência.<sup>111</sup> Já na apresentação em plenário, ou seja, o texto articulado aceito pela maioria da comissão sobre a criação da Corte Constitucional e dos demais tribunais,<sup>112</sup> foi dada a origem e a composição da Corte Constitucional, cujo número e nomeação dos membros variavam consoante a proposta dos Constituintes. Enquanto alguns defendiam a nomeação em regime de cooptação, a partir das listas enviadas pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial (*Consejo Superior de la Judicatura*), de acordo com o resultado do concurso de mérito, outros optavam pela eleição pelo Senado da República da lista de candidatos da Presidência, da Judicatura, ou ainda, escolhidos pelos demais tribunais, pela Presidência, pela Defensoria do Povo e também pela Academia Colombiana de Jurisprudência.<sup>113</sup>

Durante os debates que acompanharam a Assembleia Nacional Constituinte, tanto nas comissões como no plenário foram apresentadas algumas teses sobre a composição, a nomeação e o mandato dos magistrados que comporiam a Corte Constitucional. A exposição de motivos por parte da tese majoritária apresentada em plenário optou pela Criação da Corte Constitucional, amparada pela necessidade de atingir uma especialização dos organismos que exercem a função de jurisdição constitucional; especialidade esta que permitiria, no entender dos constituintes, construir uma jurisprudência estável e uma segurança jurídica sobre o âmbito das normas da futura Constituição, determinar o alcance dos direitos e liberdades públicas – por meio de um trabalho hermenêutico estável e coerente com o seu exercício – e tornar efetivos os valores positivos e vivos consagrados, aperfeiçoando também o mecanismo de controle de constitucionalidade criado em 1910. Da mesma forma, defendeu a composição da Corte Constitucional com magistrados especializados em Direito Constitucional, sem desconsiderar suas virtudes nos demais ramos do Direito.

Quanto à forma de escolha dos membros da Corte Constitucional, gerou-se um debate em torno do fato de que, se a maioria de suas decisões são sobre atos políticos, ela deveria ter origem política. Nesse sentido, optou-se por uma origem “parcialmente política”,

---

<sup>111</sup> As apresentações destacaram que esse controle de constitucionalidade “*se practique por un cuerpo independiente, integrado por ius-publicistas, y no como hasta ahora, por el plenario de la Corte y el Consejo de Estado*”. COLÔMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Comisión Cuarta. Ponencia. **Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado**: proposiciones divergentes, 1991.

<sup>112</sup> COLÔMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Comisión Cuarta. Ponencia. **Ponencia para sesión plenaria**. Texto del articulado acogido por mayoría por la comisión IV sobre Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, proposiciones divergentes, 1991.

<sup>113</sup> Na sua ordem, destacam-se as apresentações e/ou intervenções de: Maria Teresa Garcés Lloreda, José Maria Velasco Guerrero – que trouxeram ao debate as ideias de Hans Kelsen e o exemplo do tribunal austríaco, da Corte Constitucional da Itália, do Corte Alemã e do Conselho da Revolução Portuguesa de 1976. E Carlos Daniel Abello Roca, Armando Holguín Sarria, que apresentaram o relatório da minoria.

sendo escolhido por órgãos políticos como o Congresso ou o Presidente da República. Por sua vez, a tese da minoria, ao expor as estatísticas sobre a ineficácia do controle constitucional e a falha dos tribunais europeus, principalmente na Espanha, Itália, Alemanha e Áustria, optou pela não constituição de uma Corte Constitucional. Outro argumento era que no futuro a Corte Constitucional produziria decisões políticas em vez de decisões com base no Direito.<sup>114</sup> No entanto, a tese minoritária não prosperou, e por Ato Constituinte de Validade Imediata, ao cuidado das deliberações e conclusões da Comissão Acidental, foi criada a Corte Constitucional na Colômbia com o objetivo de unificar os critérios quanto à forma de integração, o número de membros e os procedimentos da Corte Constitucional.<sup>115</sup>

Enquanto no Brasil a ampla defesa da tradição do Supremo Tribunal Federal, e nela embutida a função de jurisdição constitucional, prevaleceu sobre a criação de um novo Tribunal ou Corte Constitucional independente, na Colômbia a maioria que optou pela criação da Corte reconheceu que na história que acompanhou a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça se verificou que esta não respondeu à necessidade de proteção efetiva dos direitos fundamentais, uma das principais causas da Constituição de 1991. Embora desde realidades opostas, em torno da ideia de controle misto da constitucionalidade e de uma Corte ou Tribunal especializado para a salvaguarda da Constituição, ambos os países deram lugar à imposição e ao protagonismo de uma justiça constitucional, correspondendo às ideias do neoconstitucionalismo, que, valorizando as experiências europeias e estadunidenses, foram de alguma forma respostas ou soluções para um problema de incerteza na competição do cenário eleitoral.

---

<sup>114</sup> Na defesa da criação do Tribunal, destacam-se as intervenções do constituinte Jesus Pérez e Álvaro Uruburu, com as teses que defendiam o sistema de cooptação por escolha dos demais tribunais, eleição pelo presidente e pelo Senado, mandatos de quatro anos e a primeira Corte eleita pelo presidente, entre outros. Na ocasião, foi ouvida a presidenta do Conselho de Estado, Consuelo Sarria, que frisou que optar pela criação de uma Corte Constitucional é "*devolver a majestade à política*". Nesse sentido, ela defendeu a criação de uma Corte para os Direitos Humanos, típico de um constitucionalismo de "terceiro mundo" em que a violação desses direitos é uma ocorrência contínua. COLÔMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Centro de Información y sistemas para la preparación de la Asamblea Nacional Constituyente. **Informe de la sesión plenaria del 4 de junio de 1991**, 13 de junio de 1991. Asimismo, COLÔMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Centro de Información y sistemas para la preparación de la Asamblea Nacional Constituyente. **Informe de la sesión plenaria del 12 de junio de 1991**, 21 de junio de 1991; COLÔMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Centro de Información y sistemas para la preparación de la Asamblea Nacional Constituyente. **Informe de la sesión de la Comisión Cuarta del 9 de abril de 1991**, 1991; COLÔMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Centro de Información y sistemas para la preparación de la Asamblea Nacional Constituyente. **Informe de la sesión plenaria del 12 de junio de 1991**, 21 de junio de 1991. Esta comissão accidental estava composta pelos constituintes Juan Carlos Esguerra, Hernando Yepes, Alvaro Echeverry e Fernando Carrillo.

<sup>115</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Centro de Información y sistemas para la preparación de la Asamblea Nacional Constituyente. **Informe de la sesión de la Comisión Cuarta del 7 y 8 de mayo de 1991**, 1991.

No Brasil, movimentos políticos defenderam uma nova Constituição devido à ditadura e a uma de suas grandes vítimas, a democracia; na Colômbia, foram fomentadas pelos ataques sistemáticos de grupos contra-ataque e guerrilheiros, muitas vezes com o consentimento do Estado, e pela constante violação dos direitos humanos somada a uma crise institucional acentuada, na qual o perdedor mais notável foi a sociedade colombiana. Nessa premissa, o desenho de medidas constitucionais tomou poder como uma espécie de seguro, de uma “resposta contra os demônios do passado”.<sup>116</sup>

A discussão centrou-se numa instituição própria que salvaguardasse o texto, que para sua época, em projeção, foi assunto de grande relevância. Ou seja, a grande importância e a necessidade que implicou a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte estende-se ao debate e à consolidação de quem defenderia o texto final promulgado por aquela Assembleia. Essa questão implicaria que esta instituição seria dotada de certo protagonismo ou relevância no ordenamento jurídico colombiano e brasileiro. Por sua vez, esse destaque encontra sua origem na ideia de um poder constituinte juridicamente superior à política cotidiana, da qual se extrai uma superioridade ou supremacia normativa e avaliativa da Constituição, a ser assegurada pela jurisdição constitucional.

O Judiciário passou a ser visto como um depósito de fé, como um veículo ou instrumento de efetivação de direitos protegidos e de respeito às disposições regulamentares. Essa perspectiva, atribuída ao Supremo Tribunal Federal e à Corte Constitucional colombiana, ocorre em sociedades em que garantir justiça social, liberdade e igualdade é uma questão complexa. Assim, com a ideia da supremacia, a Constituição como triunfo da democracia e como aspiração à garantia de direitos e seu protetor, a Corte Constitucional e o Supremo Tribunal Federal foram instituídos como os defensores ou salvadores de “todos”.

## **Capítulo 2. Conquistas e avanços do exercício da jurisdição constitucional na Colômbia e no Brasil**

Este capítulo formula três premissas ou estratégias de embarque para comparar os dois sistemas em torno ao reconhecimento das conquistas e avanços do exercício da jurisdição constitucional: (2.1) O caráter interventivo da jurisdição constitucional como pressuposto da

---

<sup>116</sup> “Ningún país europeo que salga de alguna forma de régimen no democrático o de una tensión importante, pueda encontrar mejor respuesta a la exigencia de reaccionar contra demonios pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la justicia constitucional en su nuevo sistema de Gobierno”. Isso foi adaptado pela Grécia em 1975, Espanha em 1978, entre outros. CAPPELLETTI, Mauro. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “Justicia Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 6, n. 17, maio/agosto 1986.

democracia; (2.2.) O constitucionalismo como remédio: as conquistas da luta das minorias, a garantia da dignidade humana e a estabilidade do sistema democrático; (2.3) O constitucionalismo temporário: a construção e a estagnação das conquistas sociais constitucionais.

## 2.1. O caráter interventivo da jurisdição constitucional como pressuposto da democracia

Duas questões – ambas na mesma direção, uma geral e outra específica – são fundamentais para entender o espaço reconhecido à jurisdição constitucional. A primeira é: por que a jurisdição constitucional intervém? E a segunda, como se fortaleceu esse caráter interventivo da Corte Constitucional na Colômbia e do Supremo Tribunal Federal no Brasil? Responder essas perguntas não é uma questão fácil. Na verdade, além das razões e circunstâncias apresentadas no primeiro capítulo, os elementos que as explicam são tão variáveis entre eles, sendo econômicos, políticos, sociais e culturais, que é necessário apresentá-los categoricamente, apoiados em propostas teóricas. Ao adaptar as ideias de Carlos Santiago Nino,<sup>117</sup> em países como a Colômbia ou o Brasil, o caráter interventivo da justiça constitucional é enquadrado dentro da democracia como um conceito normativo.<sup>118</sup> Ou seja, o triunfo constitucional de ambos os países em 1991 e 1988, respectivamente, corresponde a uma transição democrática, sobre a qual se propõe o estabelecimento de reformas institucionais, visando a consolidação e a estabilização das estruturas democráticas, evitando também a

---

<sup>117</sup> A escolha das ideias de Carlos Santiago Nino como categorias de referência se deve a alguns aspectos, escolhidos por preferência pessoal. Primeiramente, devido à proximidade espacial do autor com os processos de democratização na América Latina, especificamente na Argentina, permitindo-lhe ser um protagonista ativo e intelectual na consolidação da democracia após a ditadura. Em segundo lugar, devido à forma realista com que ele apresenta ou aborda a necessária resolução de casos pelos juízes quando eles não encontram soluções em normas originárias de outros ramos do governo eleitos democraticamente. Essa abordagem tem como objetivo não ignorar os objetivos sociais coletivos. Cfr. NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 452-453. Em terceiro lugar, derivado do anterior, que a justificação de soluções legais requer necessariamente premissas de avaliação. Cfr. GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do Direito e da moral: uma visão a partir do neopositivismo de Hart e a crítica de Nino. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.48, p. 165-186, 2008.

<sup>118</sup> Esta ideia de democracia e a sua relação com o constitucionalismo – um assunto que será abordado com mais detalhes mais adiante – tem relação com um dos elementos em que se centra a análise de como os tribunais constitucionais podem contribuir para a democratização. Neste sentido, autores como Tom Daly argumentam que essa análise é vista de duas perspectivas: a da teoria da democratização e a da justiça transicional. Parece que, compreendendo as ideias de Nino, o caso da Colômbia e do Brasil está mais de acordo com uma teoria de democratização. DALY, Tom. *The Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders*. **Global Constitutionalism**, n. 6, v.1, pp. 115-116. Cambridge University Press, 2017. DOI:10.1017/S204538171600023X.

ameaça de retorno a modelos autoritários, ou modelos em que a participação dissidente é quase inoperante.<sup>119</sup>

Entender a democracia como um conceito normativo também implica entender a conexão entre democracia e constitucionalismo, e, mais especificamente, entre democracia e controle de constitucionalidade. Nesse sentido, o ponto de partida é o reconhecimento de uma "superioridade epistêmica" do processo democrático, das condições positivas que ele deve preencher e, a partir daí desenvolver-se um controle judicial de constitucionalidade. Em outras palavras, o caráter interventivo da jurisdição constitucional e o exercício do controle de constitucionalidade são precedidos ou condicionados por uma forte epistemologia democrática. Por sua vez, essa condição implica que a jurisdição constitucional intervém para que as decisões democráticas sejam epistemicamente confiáveis e eficazes.

De acordo com o acima exposto, o caráter interventivo da jurisdição constitucional e a aplicação do controle de constitucionalidade procede como (i) um controle do procedimento democrático; (ii) uma garantia para a proteção da autonomia pessoal; (iii) um mecanismo para tornar as decisões democráticas mais eficazes, entendendo a Constituição como uma prática social.<sup>120</sup>

*(i) O caráter interventivo como controle do procedimento democrático é apresentado como uma atividade destinada a promover as condições que dão valor epistêmico ao procedimento democrático. Sob esse caráter interventivo, os juízes buscam garantir que as regras processuais e as condições de discussão sejam obedecidas no processo normativo. Nesse sentido, atuam como cidadãos que devem aplicar uma norma jurídica para justificar uma ação ou decisão. Ou seja, eles determinam que o processo coletivo de produção normativa satisfaça as condições de legitimidade, dentro das quais se encontra o conteúdo dos direitos.<sup>121</sup> Dentro desse tipo de intervenção, são recebidos os argumentos a favor da jurisdição constitucional que defendem que: (a) a Corte ou Tribunal Constitucional protege as condições prévias da democracia, aceitando interferências externas para a preservação dos procedimentos da concorrência democrática e reconhecendo que as decisões estão sujeitas a um controle substancial, de acordo com os princípios que a democracia implica; (b) a Corte ou Tribunal é*

---

<sup>119</sup> NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa editorial, 2003. pp. 13-20.

<sup>120</sup> NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa editorial, 2003. p. 270.

<sup>121</sup> Sobre os direitos como condição de validade, Carlos Nino faz distinção entre direitos individuais e direitos sociais. No entanto, para o autor, estes são uma extensão natural daqueles. As condições sociais e econômicas são condições prévias para uma participação livre e igualitária no processo político. NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa editorial, 2003. p. 274.

uma emissora genuína do "povo" e operacionaliza um compromisso anterior, manifestado por meio de um poder constituinte ou dualismo constitucional, marcado ou por uma política constitucional que move o povo a reformar a Constituição ou por uma política normal de interesses pessoais; (c) a Corte ou Tribunal identifica-se com um veto inerente à dinâmica da separação de poderes, na medida em que não se compromete com a resposta certa, mas sim com o valor que precede uma técnica processual formal; (d) a Corte ou Tribunal é um agente externo que julga com imparcialidade, uma vez que o legislador não pode julgar a si mesmo.<sup>122</sup>

(ii) *O caráter interventivo como garantia de proteção da autonomia pessoal* pressupõe que certos padrões morais exigem para sua validade a satisfação da imparcialidade. Ao lado dessas normas está a moral privada, autorreferencial ou pessoal, da qual se pode deduzir o valor da autonomia pessoal, que consiste na liberdade de adotar ideais de experiência pessoal, planos e projetos de vida. Ao dar valor a esses ideais, qualquer política que imponha ideais pessoais aos indivíduos é "autofrustrante". Por esse motivo, a imparcialidade é insuficiente para dar-lhes validade. Da mesma forma, a discussão e a decisão coletiva não são substancialmente mais confiáveis do que a reflexão individual para indicar qual é a solução moralmente correta; portanto, o juiz ou qualquer cidadão deve avaliar se certos fatos pressupõem a adesão a um ideal particular de excelência humana ou se envolve apenas a adoção de um padrão moral intersubjetivo inaceitável e que, caso corresponda a este último, deve ser corrigido pelo juiz.<sup>123</sup> Em outras palavras, o motivo da intervenção para proteger a autonomia pessoal não consiste em se opor a qualquer objeção ao que é individualmente um ideal, mas em proteger a autonomia que faz parte de uma moralidade pública, associada a normas que avaliam ações por seus efeitos sobre os interesses de vários indivíduos.

Dentro deste tipo de intervenção, são recebidos os argumentos a favor da jurisdição constitucional que o defendem: (a) a Corte ou Tribunal assegura o processo de formação da vontade democrática, já que intervém para identificar as falhas em um mercado político que bloqueia ou restringe grupos isolados, combatendo possíveis discriminações; (b) a Corte ou Tribunal protege os direitos das minorias e impede a "tirania da maioria"; (c) a Corte ou Tribunal analisa um caso concreto, submetendo-o a uma racionalidade incremental, inserindo-

---

<sup>122</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 224 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008. f. 55-70.

<sup>123</sup> NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa editorial, 2003. pp. 275-279.



o na jurisprudência, pois é treinado com uma metodologia para que sua decisão conduza com os requisitos morais mínimos que envolvem a análise dos direitos fundamentais.<sup>124</sup>

(iii) *O caráter interventivo como mecanismo para tornar mais eficazes as decisões democráticas* reconhecem a importância de preservar a prática social dentro da qual a Constituição opera. Sempre que o resultado de uma decisão democrática possa afetar séria e negativamente a convenção que é produto de uma Constituição histórica, o juiz deve intervir para garantir continuidade à constituição e evitar qualquer ameaça à possibilidade de realmente tornar efetiva a constituição ideal de direitos e poder.<sup>125</sup>

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade da Lei nº 6683 de 1979, também conhecida como Lei de Anistia, relacionada a crimes políticos ou praticados por motivação política, incluindo crimes praticados por agentes públicos do Estado, para a concessão de anistia. O Tribunal considerou a norma constitucional, pois a entendeu como instrumento válido da transição de um regime ditatorial para uma redemocratização. Entretanto, a decisão foi criticada por não ser coerente com os valores inerentes à segurança jurídica. Da mesma forma, ignorou a ordem jurídica internacional de direitos humanos, especificamente o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos *Guerrilha de Araguaia v. Brasil*, no qual a lei da anistia foi declarada contrária à Convenção Americana.<sup>126</sup>

Na Colômbia, uma situação semelhante surgiu em 2013, quando a Corte Constitucional analisou a constitucionalidade do Ato Legislativo (emenda) 01 de 2012. Transitoriamente, foi introduzido um artigo na Constituição que determinava o procedimento para introduzir uma lei estatutária<sup>127</sup> que regulamentaria a adoção de diferentes instrumentos de justiça de transição. Especificamente, permitia um tratamento diferenciado para os diversos grupos armados ilegais que fizeram parte do conflito armado interno e também para os agentes

<sup>124</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 224 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008. f. 55-70.

<sup>125</sup> NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa editorial, 2003. pp. 280

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 153. Relator. Min. Eros Grau, abril de 2010. Cfr. ROESLER, Claudia Rosane; SENRA, Laura Carneiro de Mello. Lei de Anistia e Justiça de Transição: a releitura da ADPF 153 sob o viés argumentativo e principiológico. **Sequência**, n. 64, p. 131-160, jul. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p131>; UPRIMNY, Rodrigo; RODRÍGUEZ, César. La relación entre tribunales constitucionales y procesos de paz. Análisis comparado. In: **Memorias del conversatorio de la Jurisdicción constitucional “Diálogo constitucional para la paz”**. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia, Fundación Konrad Adenauer KAS, 2014, p.383.

<sup>127</sup> No Direito brasileiro, seria um equivalente à Lei Complementar. Porém, na Colômbia, a lei estatutária é um tipo de lei especial através da qual se regulam direitos e deveres fundamentais das pessoas, assim como a administração da justiça. Pela sua natureza especial, deve ser aprovada pela maioria absoluta dos votos dos Senadores e dos Representantes da Câmara. Cfr. SIERRA PORTO, Humberto. **Concepto de Ley y tipos de Ley en la Constitución Colombiana**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 1998.

do Estado, em relação à sua participação nos conflitos. Nessa ocasião, a Corte Constitucional: (1) concluiu que a adoção de um sistema de justiça de transição previsto por essa reforma não implicava a substituição dos elementos essenciais que definem a premissa principal da substituição da Constituição; (2) desconsiderou o entendimento material sobre o término do conflito de acordo com o Direito Internacional Humanitário; (3) não deixou claro se grupos não desmobilizados poderiam ser considerados parte do conflito; (4) deixou uma lacuna interpretativa sobre como as diferentes definições de crimes sistemáticos poderiam ser adotadas pelo legislador, dependendo da estrutura de cada grupo que faz parte do conflito a aplicação de penas alternativas, sanções extrajudiciais e modalidades especiais para a execução das sentenças, bem como a forma como os crimes foram cometidos.<sup>128</sup>

Além do caminho tomado por ambas as decisões, a fim de entender o caráter interventivo da jurisdição constitucional como um mecanismo para tornar mais eficazes as decisões democráticas, tanto no julgamento do Supremo Tribunal Federal como no da Corte Constitucional colombiana, as questões postas em discussão deveriam ter sido analisadas a partir da perspectiva de como a constituição ideal é realmente posta em prática. Por mais compatível que seja com a constituição histórica<sup>129</sup> da época, ela acaba estagnada nessa interpretação, sem evoluir, sem respeitar os direitos das vítimas ou sem reconhecer alternativas para impor justiça. É evidente que essa forma de intervenção, como assinala Nino, "gera um dilema que lhe é inerente, sem uma fórmula exata para resolver a tensão". Por essa razão, o

---

<sup>128</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-579**. Magistrado(a) Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, agosto de 2013. *"En este sentido, la suspensión total de la ejecución de la pena no se aplica a los casos seleccionados, es decir, a los condenados como máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino a otros responsables"*. Cfr. ZULUAGA, John. Justicia de transición y constitución: a manera de introducción. In: AMBOS, Kai (Coord). **Justicia de Transición y Constitución**. Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional. Bogotá D.C: EDPAL, TEMIS, KAS, 2014; VILLA, Gonzalo. La sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de la Constitución. In: AMBOS, Kai (Coord). **Justicia de Transición y Constitución**. Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional. Bogotá D.C: EDPAL, TEMIS, KAS, 2014; COTE, Gustavo; TARAPUÉS, Diego. El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la Sentencia C-579 de 2013. In AMBOS, Kai (Coord). **Justicia de Transición y Constitución**. Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional. Bogotá D.C: EDPAL, TEMIS, KAS, 2014. Disponível em: [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=33114c11-fa4a-5789-28b2f44056203f1&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=33114c11-fa4a-5789-28b2f44056203f1&groupId=252038) Acesso em: 15 set. 2020; UPRIMNY, Rodrigo; RODRÍGUEZ, César. La relación entre tribunales constitucionales y procesos de paz. Análisis comparado. In: **Memorias del conversatorio de la Jurisdicción constitucional "Diálogo constitucional para la paz"**. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia, Fundación Konrad Adenauer KAS, 2014, p. 389.

<sup>129</sup> A Constituição histórica é *"el documento creado em la fundación constitucional e interpretado a través de la historia del país"*, por sua vez, *"es un componente esencial del constitucionalismo (...) El rol de la Constitución histórica como una convención o práctica social se aclara si comprendemos que los actores del sistema jurídico, legisladores, constituyentes o jueces, por ejemplo, se encuentran involucrados en una empresa colectiva de cierta duración"* veja-se então, *"el significado de una Constitución histórica en el contexto de la construcción colectiva del derecho vigente y las prácticas sociales que la componen"*. NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa editorial, 2003. pp. 42-55.

juiz, sabendo que aparentemente vai contra um ideal democrático, deve dar preferência ao pressuposto epistêmico de direitos, equilibrando o dano imediato entre os ideais de participação manifestados na decisão democrática e a preservação de uma prática que outorga eficácia às decisões democráticas que reconhecem direitos.<sup>130</sup> Caso uma prática constitucional histórica seja considerada segregativa, segundo o pressuposto da Constituição vigente,<sup>131</sup> no sentido de que o caráter histórico evolui para se tornar compatível com a Constituição ideal,<sup>132</sup> o julgamento que analisa a constitucionalidade de determinada prática deve contribuir para a reparação integral e efetiva dos direitos violados, reconhecendo que a segregação destrói a democracia e afeta os pressupostos para o exercício pleno e espontâneo dos direitos.

Embora tanto o caráter interventivo como mecanismo para tornar mais eficazes as decisões democráticas quanto a que visa à garantia a proteção da autonomia pessoal valorizem a moralidade pública intersubjetiva e deem prevalência aos pressupostos que avaliam os efeitos das práticas constitucionais sobre os interesses de vários indivíduos, há uma diferença entre as duas que reside no caráter histórico da Constituição. Enquanto no primeiro o exercício hermenêutico é maior, porquanto a prática não pode ser circunscrita a qualquer pressuposto normativo, no segundo a prática é válida, porém não idealmente adequada.

A intervenção como mecanismo para tornar mais eficazes as decisões democráticas reconhece argumentos a favor da jurisdição constitucional, tais como: (a) a Corte ou Tribunal protege os direitos fundamentais e o conteúdo de justiça da democracia, nos quais a legitimidade de certas decisões é medida de forma instrumental e orientada para um ideal de consideração e respeito; (b) a supremacia judicial é uma exigência do Estado de Direito, nesse sentido, se a Constituição é suprema, caberia à Corte ou Tribunal monitorar a compatibilidade das leis com a Constituição;<sup>133</sup> (compatibilidade essa que corresponda a uma constituição ideal); (c) a Corte ou Tribunal promove a representação deliberativa e argumentativa, na medida em que escuta todas as razões das partes potencialmente interessadas para adaptar seu voto, o

---

<sup>130</sup> NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa editorial, 2003. p. 282.

<sup>131</sup> Cfr. CARBONELL, Miguel. Sobre la Constitución viviente. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, v. 42, n. 117, 2012. Disponível em: < <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v42n117/v42n117a02.pdf>> Acesso em 15 de agosto de 2020.

<sup>132</sup> A Constituição ideal tem relação com “*los derechos individuales, y a partir de ello, con la justa distribución de bienes sociales y naturales en la forma en que deberían ser reconocidos por el Estado (...) Los derechos identificados se encuentran fundados en los principios de autonomía, inviabilidad y dignidad de la persona y derivan de los presupuestos de la práctica social del discurso moral.*” NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa editorial, 2003. pp. 73-95.

<sup>133</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 224 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008, f. 55-70.

que de uma forma ou de outra reforça a construção daquele ideal pretendido, na mesma perspectiva, (d) a Corte ou Tribunal corresponde a uma instituição educacional que promove o debate público.<sup>134</sup>

Esses três tópicos expressam uma posição teórica em relação a três formas de intervenção da jurisdição constitucional ou ao exercício do controle de constitucionalidade por uma Corte ou Tribunal. Além disso, cada um tenta apresentar alguns argumentos em favor dessa jurisdição. Não obstante, esses argumentos não são absolutos; eles podem ser adaptados a um caso específico, na forma ou nas formas em que encontra a melhor justificativa.

Como esses argumentos e formas não são absolutos, outros são admitidos para apoiar esse caráter interventivo da Corte Constitucional colombiana e do Supremo Tribunal Federal. Destaca-se também o protagonismo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a aplicação do controle de convencionalidade por parte dos tribunais constitucionais com a adaptação das normas ou práticas constitucionais ao sistema interamericano, resultando em algumas mudanças dentro da ordem jurídica interna, mais fortemente na Colômbia do que no Brasil.<sup>135</sup> Há também uma relação entre os altos níveis de desigualdade, que, num cenário em que a política não atende às demandas sociais, cede lugar a soluções judiciais “imediatas” para satisfazê-las. A Corte Constitucional ou o Supremo Tribunal Federal, além de ser um protetor, identifica-se como um filtro compensatório entre forças divergentes que se movem no cenário social. Sobre este último, a Corte ou Tribunal desacelera até certo ponto a dinâmica das forças políticas, sempre sob a proteção dos valores constitucionais básicos.<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 224 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008, f. 55-70. Conrado desenvolve outros argumentos a favor dos juízes e tribunais, entre eles: que a decisão da Corte ou Tribunal pode ser contestada, no final, por um ato de reforma constitucional ou uma nova constituição, uma vez que o poder permanece nas mãos do povo; que a Corte ou Tribunal é menos falível em questões de princípio e está mais próxima da verdadeira resposta; entre outros.

<sup>135</sup> Sobre a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre o Supremo Tribunal Federal, ver: FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 23-45, jan. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20851/19577>>. Acesso em: 28 jul. 2020. Cfr. FERREIRA, Siddharta Legale. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional**. Exposição e análise crítica dos principais casos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2020, pp. 383-486. Já para a Corte Constitucional da Colômbia: GUTIÉRREZ, Andrés. Tendencia actual de amparo en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. **Revista Derecho del Estado**, n. 24, 2010, p. 89. Destaca que, a jurisprudência da Corte IDH tempera o papel assumido voluntariamente pelo Tribunal Constitucional da Colômbia em matéria de direitos sociais. Assim, se encaminha a “*lograr una reivindicación del ser humano que desborda las otras infranqueables fronteras soberanas de los Estados- y, por supuesto, la pasividad de la Rama Judicial- sobre temas que guardan un innegable vínculo con graves hechos sociales que en el mundo contemporáneo no pueden ser ilegítimamente desconocidos*”.

<sup>136</sup> JOACHIM FALLER, Hans. Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania. **Revista de estudios políticos**, n 7, pp. 47-68, 1979.

Segundo Villegas, Rodriguez e Uprimny, o caráter interventivo e/ou protagonismo da jurisdição constitucional deve ser analisado sob dois pontos de vista: um teórico, sobre as instituições em geral e a justiça em particular, e outro avaliativo ou político. No primeiro, o poder das cortes ou tribunais constitucionais corresponde a um instrumento de intervenção social; essa intervenção, por sua vez, está relacionada com as práticas sociais para a construção da ordem constitucional. No segundo, a intervenção ou protagonismo pode adaptar nuances liberais individualistas ou igualitárias. As liberais individualistas ocorrem quando o mercado, como instrumento fundamental de coordenação social, credencia que instituições como a Corte ou o Tribunal permitem o cumprimento adequado de funções mercantis, ao contrário das igualitárias, que são quando o mercado não representa o instrumento equitativo de regulação social, dando lugar a uma garantia das condições mínimas de igualdade. Ao se fazer uma simbiose de ambos os pontos de vista, são identificadas quatro abordagens diferentes para a institucionalidade da jurisdição constitucional. Essas aproximações correspondem (i) ao neo-institucionalismo, que defende um movimento entre "Direito e economia" com uma visão instrumentalista das instituições e uma preferência baseada em valores pelos direitos de liberdade; (ii) ao desenvolvimentismo, que se baseia no igualitarismo e na instrumentalidade das instituições para fazer avançar o Direito e os programas de desenvolvimento; (iii) ao pós-modernismo, por meio de estudos de consciência jurídica,<sup>137</sup> e, finalmente, (iv) ao institucionalismo social, que se afasta das teorias econômicas no sentido estrito e está mais orientado para a necessidade de reconhecer a inclusão social baseada nas instituições – no caso a jurisdição constitucional.<sup>138</sup>

Além disso, é importante ressaltar que as razões pelas quais a jurisdição constitucional intervém, e como isso tem ocorrido até agora, são apresentadas como uma espécie de seguro contra a arbitrariedade que pode surgir no procedimento democrático de produção ou reforma normativa, quando se impõe um padrão moral deixando em risco o livre desenvolvimento da autonomia e a dignidade de certos cidadãos, ou quando por causa da literalidade fundacional do texto constitucional fica vedada uma interpretação ideal, adaptada

<sup>137</sup> Os estudos de consciência jurídica ou *legal consciousness* assumem o Direito como um processo dinâmico de construção social e que não é definido como algo externo à sociedade. O Direito é produzido nas práticas, mas comuns dos cidadãos. Permitem uma visão ou análise interseccional dos direitos. GARCÍA, V. M. **Sociología Jurídica: teoría y sociología del derecho en Estados Unidos**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005.

<sup>138</sup> GARCÍA, Mauricio; RODRÍGUEZ, César; UPRIMNY, Rodrigo. El sistema judicial visto desde el institucionalismo social. In: GARCÍA, Mauricio; CEBALLOS, María Adelaida (ed). **Democracia, justicia y sociedad**. Diez años de investigación en Dejusticia. Bogotá D.C: Dejusticia, pp. 50- 69, 2016. Segundo os autores “*el balance entre la protección judicial eficaz de los derechos, por un lado, y la limitación del poder de los jueces, por el otro, requiere una teoría del derecho y de la interpretación judicial que defienda la autonomía de los jueces, y a la vez promueva la adopción de criterios de decisión transparentes y razonables, fundados firmemente en la argumentación jurídica*”.

à realidade. Em última análise, a ideia é que a Corte ou Tribunal se comporte como um protetor dentro do exercício da democracia, integrando, assim, o sistema democrático. Nesse sentido, representa o constitucionalismo como remédio contra a arbitrariedade, mas que, de acordo com o resultado de suas decisões, realiza o exercício de um constitucionalismo temporário, já que, na realidade, os ideais delineados por meio de suas decisões não foram plenos, efetivos e espontaneamente satisfeitos. Esse assunto receberá melhor atenção a partir do próximo capítulo.

Transpor essas categorias e argumentos de intervenção, defesa e protagonismo de uma Corte ou Tribunal Constitucional para o sistema jurídico colombiano e brasileiro, como foi advertido, representa um assunto com múltiplos entendimentos. Portanto, a resposta completa à forma como a Corte Constitucional, na Colômbia, e a Supremo Tribunal Federal, no Brasil, intervêm pode ser, ao final, no mínimo insuficiente. Ainda assim, algumas ideias relevantes serão apresentadas aqui.

Como assinala Mark Tushnet, de um ponto de vista metodológico, a compreensão do Direito Constitucional nacional e comparado requer uma reflexão sobre o funcionamento dos Tribunais Constitucionais dentro de um determinado sistema político.<sup>139</sup> Essa premissa exclui qualquer ideia que vise a buscar mais semelhanças do que reconhecer as diferenças em relação ao caráter interventivo e conseqüente destaque da Corte Constitucional na Colômbia ou do Supremo Tribunal Federal no Brasil. De fato, embora se movam dentro de um fenômeno particular e comum – o constitucionalismo contemporâneo –, seus sistemas políticos, como foi exposto no surgimento dos processos de construção constitucional, apresentam variabilidade que marca sua compreensão.

Na Colômbia, a Corte Constitucional tem sido vigorosa na proteção dos direitos fundamentais de indivíduos e minorias, bem como no controle de abusos por parte de autoridades e grupos no poder. Sua ação é identificada como "atípica", já que o julgamento dos diferentes casos nasce sobre um Estado capitalista liberal contemporâneo, porém opera por meio do Direito, concebido como um instrumento essencial contra a dominação desse modelo de Estado. Com base nesse modelo, o "ativismo progressivo" da Corte Constitucional tem sido canalizado por meio de uma Constituição que já tinha uma longa tradição de controle de constitucionalidade, com desenhos constitucionais que permitem acesso fácil e de baixo custo à justiça, bem como instrumentos processuais de justiça constitucional que dão à Corte enorme

---

<sup>139</sup> TUSHNET, Mark. Derecho constitucional crítico y comparado. In: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coord.). **Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas**. Un homenaje a Mark Tushnet. México: UNAM, 2016, pp. 1-14.

poder jurídico. Da mesma forma, outro fator que abriu caminho a esse amplo caráter interventivo tem relação com a crise de legitimidade e a fraqueza dos movimentos sociais e dos partidos políticos no poder. Em resumo, se a justiça constitucional é de fácil acesso e se os juízes comprometidos mantêm posições progressistas, então os grupos sociais que foram afetados não veem nada mais eficaz do que a justiça como a *primeira ratio*, além do dever ser, isto é, da mobilização social e política, que nesse cenário se encontram sob uma situação de riscos e custos.<sup>140</sup>

Uma intervenção progressiva e ativa da Corte Constitucional não teria tomado esses caminhos quase ilimitados se as forças políticas que acompanharam o processo de criação da Constituição não tivessem sido enfraquecidas ou, simplesmente, se o Estado, por meio da captura e reconfiguração, estivesse marginalizado do desenvolvimento econômico e social.<sup>141</sup> Esse desenvolvimento se situa numa tensão entre o conteúdo social da Constituição e as estratégias focalizadas na redução da presença do Estado e no favorecimento dos mecanismos de mercado na alocação de recursos, liderados pelos governos de 1990 até hoje.<sup>142</sup>

No Brasil, o caráter interventivo do Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional tornou-se mais relevante a partir da promulgação da Constituição de 1988. Em termos gerais, segundo Luis Roberto Barroso, foi devido à redemocratização do país, à ampla constitucionalização e ao modelo brasileiro de controle de constitucionalidade que o Supremo Tribunal Federal se tornou um instrumento importante para a proteção dos direitos fundamentais e um protagonista do progresso social. Ao contrário da ideia de que o caráter ativista e intervencionista do Supremo Tribunal Federal era uma opção política do Judiciário, o desenho constitucional brasileiro foi a principal causa desse comportamento. Da mesma forma, quando a Constituição de 1988 teve o cuidado de regular uma quantidade notável de assuntos, o que operou foi uma espécie de retirada da política e uma transferência para o Direito, permitindo sua judicialização.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA, Mauricio. El potencial emancipatorio de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana. In: GARCÍA, Mauricio; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida. **Democracia, justicia y sociedad**. Diez años de investigación en Dejusticia. Bogotá D.C: Dejusticia, 2016, pp. 71-82.

<sup>141</sup> UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA, Mauricio. El potencial emancipatorio de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana. In: GARCÍA, Mauricio; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida. **Democracia, justicia y sociedad**. Diez años de investigación en Dejusticia. Bogotá D.C: Dejusticia, 2016, p. 74. Sobre la captura del Estado colombiano cfr. GARAY, Luis Jorge. **La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia**. Bogotá D.C: Fundación Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia, 2008.

<sup>142</sup> Veja como tradicionalmente e particularmente, desde 1990, na Colômbia, houve uma abertura para as políticas neoliberais do governo: Cesar Gaviria (1990-1994); Ernesto Samper Pizano (1994-1998); Andrés Pastrana Arango (1998-2002), Álvaro Uribe Vélez (2002-2006)(2006-2010), Juan Manuel Santos Calderón (2010-2014) (2014-2018); Iván Duque Márquez (2018-2022).

<sup>143</sup> Cfr. BARROSO, Luís Roberto. La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales. In: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coords.). **Constitucionalismo**

O caráter interventivo e o protagonismo do Supremo Tribunal Federal, em particular, corresponderam a um fenômeno de luta por parte dos cidadãos, marcado por um contexto de desigualdade social e diversidade cultural. Da mesma forma, diante do medo do retorno do despotismo característico da ditadura, foi promovida uma reflexão crítica sobre a autoridade concentrada no Presidente, resultando na redução de parte do seu protagonismo, e para garantir ou proteger o exercício democrático adequado, importantes poderes constitucionais foram concedidos ao Supremo Tribunal Federal.<sup>144</sup> Ainda assim, até 2002 havia uma incompatibilidade notável entre o conteúdo da Constituição social e cidadã e a agenda política do Executivo.<sup>145</sup> Essa incoerência político-constitucional abriu caminho para que o Supremo Tribunal Federal fosse percebido como solução plausível e potencialmente eficaz no atendimento às demandas sociais, o que, por sua vez, marcou uma desconfiança em relação às instituições representativas tradicionais.

Entretanto, durante os primeiros anos após da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal pareceu adotar uma visão pragmática com resultados interessantes e compatíveis para o governo da época. Isso aconteceu, entre outros motivos, devido à presença de ministros do regime pré-1988. Mesmo com uma transformação ideológica do programa político e social em 2002, o Supremo Tribunal Federal continuou próximo ao Executivo, tornando-se cooperativo em sua visão política. Segundo Koerner, um novo regime foi formado na jurisprudência progressiva, articulada com um regime governamental, e orientado para uma maior efetividade dos direitos e promoção de políticas públicas sociais.<sup>146</sup> Isso permite

---

**progresista: retos y perspectivas.** Un homenaje a Mark Tushnet. México: UNAM, 2016, p. 113-165; BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto.** Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf)>; RIBAS, Giovanna Paola Primor. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**. N. 44, pp. 36-70, jan./jun. 2014. Estas ideias também têm sido atribuídas ao ativismo judicial na Colômbia. Cfr. GARCÍA, Leonardo. **Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción:** una discusión en clave neo constitucional. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. 2016, pp. 20-22.

<sup>144</sup> AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 15, pp. 69-94, set/dez 2014, DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220141504>

<sup>145</sup> Ao contrário do que aconteceu na Colômbia, desde 1988 os programas políticos não atendem a um neoliberalismo permanente, ao contrário, têm sido variáveis, têm se movido entre avanços e retrocessos econômicos e sociais. Logo após a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil foi presidido por Fernando Affonso Collor de Mello (1990- 1992), com uma política mais liberal, individual e menos intervencionista; Itamar Franco (1992-1994) com uma postura mais moderada do que a anterior; Fernando Henrique Cardoso (1995- 2002) com uma agenda neoliberal; Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) com uma política mais moderada e socialmente inclusiva; Dilma Rousseff (2011-2016), que deu continuidade ao programa anterior; após seu *impeachment* em 2016, com a ascensão de seu vice-presidente Michel Temer (2016-2018), a política econômica se transformou num programa que teve continuidade com o governo de Jair Bolsonaro (2018- ).

<sup>146</sup> RIBEIRO, Pedro José de Almeida. **A construção do Judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 283. Segundo Andrei Koerner, “*As eleições*



compreender como o Supremo Tribunal Federal se comportou em relação à sociedade e aos outros poderes ou à agenda ideológica do poder.

Diante da sociedade, o Supremo Tribunal Federal passou de uma agenda jurisprudencial conservadora para uma mais social, o que, logo de início, permitiu uma explosão e um reconhecimento dos direitos fundamentais, muitas vezes protegidos pela teoria contramajoritária. Enquanto isso, diante dos outros poderes ou da agenda ideológica do poder, o comportamento do Supremo Tribunal Federal era estático, sem grandes divergências ou oposição. Do ponto de vista processual, a renovação do Supremo Tribunal Federal a partir de 2003, bem como as diferentes questões constitucionais que se seguiram à sua renovação, criaram instrumentos que caracterizaram uma atuação "mais incisiva" do Supremo Tribunal Federal. Esse aparente ir e vir diante da sociedade, e talvez constante diante das outras potências, trouxe riscos à democracia por conta de determinadas decisões.

Nesse capítulo, apresenta-se uma análise das virtudes, do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional colombiana, diante das conquistas para o reconhecimento dos direitos fundamentais.

## **2.2. O constitucionalismo como remédio: as conquistas da luta das minorias, a garantia da dignidade humana e a estabilidade do sistema democrático**

De que maneira o constitucionalismo funciona como um remédio? As ideias aqui apresentadas limitam-se às ações do Supremo Tribunal Federal no Brasil e da Corte Constitucional da Colômbia. As decisões dessas instituições têm oferecido, dentro do constitucionalismo atual, uma melhoria ou uma mudança favorável no combate à segregação e a práticas sociais discriminatórias, e são símbolos de conquistas sociais pelas minorias na luta contra a opressão da maioria e contra os tradicionais moralismos subjetivos invocados como públicos e gerais, muito embora estejam sem contexto ou realidade.

Poder-se-ia dizer que, neste contexto, o juiz constitucional vê a construção hermenêutica como ferramenta necessária para a solução de casos concretos e a consequente

---

*presidenciais de 2002 resultaram em realinhamento partidário, com a alteração da coalizão no governo. (...). Para contornar suas dificuldades e reforçar apoios, o governo Lula incentivou mudanças pela via judicial. Com o apoio de juristas progressistas e entidades de profissões jurídicas estatais, buscou desde logo aproximar-se das elites jurídicas e promoveu a formação de consensos, simbolizados pelos dois pactos republicanos, para a reforma do Judiciário (...) as reformas consolidaram o STF como jurisdição constitucional concentrada. Permitiram maior controle da agenda e a ampliação dos impactos das decisões."* KOERNER, Andrei; DE FREITAS, Lígia Barros. O supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova**. São Paulo, n. 88, p. 141-184. 2013. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a06n88.pdf> > Acesso em: 23 agosto de 2020.

eficácia da Constituição diante das possíveis omissões administrativas ou legislativas. O remédio dado por sua intervenção não ultrapassa os limites entre a racionalidade jurídica e a racionalidade política; ao contrário, procede para preencher lacunas na norma, para ponderar os principais elementos subjacentes ao caso, para analisar os possíveis impactos que a decisão pode produzir na realidade material e, sobretudo, para tornar efetiva a proteção dos direitos fundamentais e a garantia da supremacia da Constituição.<sup>147</sup>

Nesse sentido, a ação do Supremo Tribunal Federal ou da Corte Constitucional, a partir do ponto de vista político-institucional, foi identificada com um papel contramajoritário. Ou seja, a relevância dada à ideia de que, embora os juízes não sejam eleitos responsáveis, eles têm a palavra final sobre o conteúdo dos direitos fundamentais que são inerentes aos cidadãos. O papel contramajoritário é explicado como uma forma de conciliar um esquema de julgamento constitucional que, em maior ou menor grau, tende a deslocar os representantes eleitos por preferências políticas e/ou morais com o autogoverno popular. Nessa conciliação, são permitidas restrições à maioria devido ao excesso legislativo, com o objetivo de fomentar uma política baseada no interesse público.<sup>148</sup> Assim, uma Corte ou Tribunal como órgão contramajoritário, não eleito pelo povo, composto por certo número de juízes, pode, sob maioria absoluta, sobrepor sua interpretação da Constituição àquela proposta pelos agentes políticos investidos de legitimidade democrática,<sup>149</sup> para que cumpram seu dever de realizar direitos, de proteger as minorias, de garantir o pluralismo social e político<sup>150</sup> e de orientar suas ações para a materialização da cidadania social, impedindo, assim, o fim do processo democrático.<sup>151</sup>

No caso do Brasil, segundo Luis Roberto Barroso, esse papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal foi exercido com “parcimônia razoável”.<sup>152</sup> No mesmo sentido, para

<sup>147</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, pp. 037-038, jan./ jun 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>

<sup>148</sup> DE LORA, Pablo. Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. *Anuario de Filosofía del Derecho*. XIII, 1996, p. 371-380. Nesse sentido, ver também: HOLLAND, Maurice J. American Liberals and Judicial Activism: Alexander Bickel's Appeal from the New to the Old. *Indiana Law Journal*. v. 51, n. 4. Disponível em: < <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol51/iss4/3> > Acesso em: 15 agosto de 2020.

<sup>149</sup> BARROSO, Luís Roberto. La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales. In: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coords.). **Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas**. Un homenaje a Mark Tushnet. México: UNAM, 2016, p. 143.

<sup>150</sup> ROLLA, Giancarlo. **Derechos fundamentales, estado democrático y justicia constitucional**. México: UNAM, 2002, p. 27.

<sup>151</sup> UPRIMNY, Rodrigo. El control constitucional a la economía. In: GARCÍA, Mauricio; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida. **Democracia, justicia y sociedad**. Diez años de investigación en Dejusticia. Bogotá D.C: Dejusticia, 2016, p. 97-110.

<sup>152</sup> BARROSO, Luís Roberto. La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales. In: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coords.). **Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas**. Un homenaje a Mark Tushnet. México: UNAM, 2016, p. 143-145.

a Colômbia a dificuldade do papel contramajoritário não é visto como uma tomada de poder. Pelo contrário, é um veículo para fazer com que postulados constitucionais, especificamente direitos fundamentais, não sejam um privilégio, mas realidade.<sup>153</sup> Nesse sentido, a defesa do papel contramajoritário pode ser resumida no fato de que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto a Corte Constitucional devem se opor às maiorias democraticamente eleitas para evitar que elas degenerem em tirania. Assim, embora "estejam destinados a cometer erros de um lado ou de outro de vez em quando", é mais saudável para a democracia constitucional que ela propenda para essa interferência. Dessa maneira, de um ponto de vista pessimista, a intervenção do Supremo Tribunal Federal ou da Corte Constitucional é vista como um mal menor.<sup>154</sup>

Superado, em termos gerais, a compreensão desse papel, tanto na Colômbia como no Brasil há consenso em afirmar que as decisões da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal permitiram uma mudança favorável diante da segregação e das práticas sociais discriminatórias. Essa circunstância transferiu a ágora popular para os tribunais constitucionais, nos quais, como já foi dito, as decisões históricas são um símbolo de conquistas sociais em favor das minorias segregadas. Nesse contexto, a presente seção procura analisar e discutir algumas decisões jurisprudenciais constitucionais que refletem esse progresso, cuja identidade mais próxima é identificada como uma ponte entre os cidadãos e os tribunais.<sup>155</sup>

Quando aqui se fala em “judicialização das decisões políticas” está-se referindo a qualquer ato ou decisão tomada ou conhecida pelo Supremo Tribunal Federal ou pela Corte Constitucional, cujo desenvolvimento ideal ou solução necessária deveria ocorrer nos cenários institucionais de deliberação política, mas que, dada a desconfiança, oportunismo ou simplesmente a falta de atenção aos ideais democráticos por parte destas instituições, foram postas em discussão por meio das ações constitucionais, como uma forma apropriada de encontrar uma resposta.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> RODRÍGUEZ, María Luisa. La “dificultad contra-mayoritaria” en el caso colombiano. Acción pública de inconstitucionalidad y democracia participativa. **Revista Derecho del Estado**. n. 8, jun. 2000. Disponível em: < <https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/derest/article/view/911/865> > Acesso em: 15 de setembro de 2020.

<sup>154</sup> Esta forte defesa é apresentada por SHERRY, Suzanna. Why We Need More Judicial Activism. Constitutionalism, Executive Power, and Popular Enlightenment. **Vanderbilt Public Law Research Paper** n. 13-3. 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2213372>, Acesso em: 15 de setembro de 2020.

<sup>155</sup> A construção desta ponte foi uma tentativa feita na América Latina, principalmente, para revitalizar a prática institucional fora do controle popular. Uma forma de colocar o povo no controle da constituição. GARGARELLA, Roberto. Recuperar el lugar del “pueblo” en la Constitución. In: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coord.). **Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas**. Un homenaje a Mark Tushnet. México: UNAM, 2016, pp. 15-62.

<sup>156</sup> Cfr. HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. In: GODIN, Robert E. (ed). **The Oxford Handbook of Political Science**, Cambridge: 2011, pp. 1-23. A judicialização da política e das relações sociais, segundo Anderson Teixeira e Isadora Neves, corresponde com o resultado direito do aumento e complexidade das questões políticas na sociedade, as quais passaram a ser decididas perante os juízes. Esta complexidade se deve, talvez, aos processos de globalização, à perda dos sentimentos de comunidade e ao reconhecimento da identidade. Neste

Entretanto, o ponto final desse caminho nem sempre é o desejado por certos grupos sociais, como acontece nos casos em que a Corte Constitucional ou o Supremo Tribunal Federal se limita e se submete às decisões do Legislativo ou do Executivo;<sup>157</sup> ou quando, embora encontre um ponto final desejado, encontra-se subordinado a uma decisão política num determinado tempo, o que corresponde ao chamado "*binômio ativismo-autocontenção*"; ou ainda, quando muitas vezes, após repetidas tentativas, o desejo dos grupos sociais encontra a vitória no foro judicial constitucional.<sup>158</sup> Não haverá aqui mais desenvolvimento sobre autocontenção, deferência e prevenção por parte da Corte Constitucional ou do Supremo Tribunal Federal em face de decisões políticas, entretanto deve ser observado que, em certa medida, esse comportamento se deveu ao déficit democrático dos atos regulatórios controlados em contextos autoritários.<sup>159</sup>

Embora os tipos de comportamento apresentados acima sejam aqueles normalmente atribuíveis ao Supremo Tribunal Federal ou à Corte constitucional, em alguns casos a deferência típica, e a consequente manutenção da lei ou do ato demandado, é lida como uma manifestação de um compromisso institucional e intelectual anterior de autocontenção diante das escolhas do legislador. Ou seja, o juiz mostra um esforço para colocar a produção normativa na melhor visão compatível possível, intervém de forma substantiva na criação

---

contexto, particularmente no Brasil, a judicialização da política não é apenas o protagonismo institucional do Judiciário, mas de necessidades cuja origem está na sociedade, que vê na lei a oportunidade apropriada para a representação de seus interesses. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 169-185, abr. 2014. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/490-2258-2-pb.pdf>>.

<sup>157</sup> Andrei Koerner refere-se à autocontenção como uma "fantasia", "*pois supõe uma resposta única para os casos, por uma espécie de aplicação direta da Constituição. Mas os casos significativos e controversos não têm tal resposta, pois não há consenso nem a respeito de quais serão as bases a partir das quais o debate poderá ser colocado*". KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos**. No. 96, pp. 69-85. Jul / 2013.

<sup>158</sup> Segundo Luis Roberto Barroso, o oposto do ativismo é a autocontenção judicial. "*Por essa linha, juízes e tribunais a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaratória de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas*". BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, pp. 23-32 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388> Acesso em: 24 de agosto de 2020. Por sua parte, Daniel Sarmiento destaca que, "*pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demanda profundos conhecimentos técnicos fora do Direito- como Economia, políticas públicas e regulação*". SARMIENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, pp. 73-112.

<sup>159</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMIENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Quaestio Iuris**. v.06, n. 2. DOI 10.12957/rqi.2013.9315.

legislativa, e assim, apesar de se mostrar autocontido e deferente, ele realmente transforma seu conteúdo.<sup>160</sup>

O exemplo mais prático deste fenômeno chamado "*cripto-ativismo*" opera nas decisões que utilizam a técnica chama de "interpretação conforme à Constituição", em que normalmente, pela via interpretativa, o alcance de textos normativos são ampliados e são impostas exceções, exigências e regras adicionais àquelas já estabelecidas pelo legislador, sem que haja alteração do enunciado normativo. É o caso da constitucionalidade da Lei de Biossegurança, especificamente sobre a possibilidade de utilizar, para fins de pesquisa e terapia, células-tronco embrionárias retiradas de embriões humanos produzidos para fertilização *in vitro*; ou do julgamento sobre a constitucionalidade do programa ProUni – Programa Universidade Para Todos. No primeiro, o Supremo Tribunal Federal considerou que a lei poderia ser declarada constitucional se uma série de requisitos impostos ao Legislativo e Executivo fossem preenchidos, entre os quais se destaca a criação de comitês pelo Ministério da Saúde, no caso da Lei de Biossegurança. No segundo, isto é, no julgamento sobre a constitucionalidade do programa ProUni, o Supremo Tribunal Federal vinculou ideias que não estavam relacionadas ao objetivo legal da ProUni, uma vinculação cujo impacto afetou a estrutura e o funcionamento da ProUni, além de garantir condições materiais de acesso à educação para todos os brasileiros.<sup>161</sup>

Na Colômbia, esse fenômeno tem funcionado por meio da "constitucionalidade ou exequibilidade condicionada" de normas, na análise de constitucionalidade. A exequibilidade ou constitucionalidade condicional tem sido entendida como "única alternativa razoável", conforme acontece em outros sistemas jurídicos, por meio de "sentenças de interpretação". Segundo Alejandro Martínez Caballero, essas sentenças nascem de um profundo respeito da Corte Constitucional à atividade legislativa, procurando preservar as leis por meio da atribuição de uma interpretação de acordo com a Constituição, estabelecendo os significados das

---

<sup>160</sup> ARGUELHES, Diogo Werneck; LIMA, João Marcelo da Costa e Silva. Políticas públicas, interpretação judicial e as intenções do legislador: o ProUni e o "cripto-ativismo" do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 163-192, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc. v4i2.50608.

<sup>161</sup> Sobre a análise do conteúdo dessas decisões, ver: ARGUELHES, Diogo Werneck; LIMA, João Marcelo da Costa e Silva. Políticas públicas, interpretação judicial e as intenções do legislador: o ProUni e o "cripto-ativismo" do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 163-192, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc. v4i2.50608. Esta posição é contrária à defendida por Luis Roberto Barroso, para quem o caso é tipicamente de autocontenção sem intervenção. BARROSO, Luís Roberto. La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales. *In*: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coords.). **Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas**. Un homenaje a Mark Tushnet. México: UNAM, 2016, p. 146.

disposições questionadas.<sup>162</sup> Um exemplo é a sentença que descriminalizou o aborto por três motivos específicos, decidindo pela constitucionalidade condicional da lei penal,<sup>163</sup> ou seja, apesar de declarar a constitucionalidade da norma, a Corte Constitucional adaptou sua interpretação em torno da prática da conduta punível.

Em vista do exposto, são apresentadas aqui: (i) decisões mais específicas do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional que representam conquistas na luta das minorias para a reivindicação e o reconhecimento de seus direitos; (ii) decisões mais gerais, que permitiram uma maior garantia da dignidade humana, da autonomia individual e do livre desenvolvimento da personalidade; (iii) decisões voltadas a dar estabilidade ao sistema democrático e a garantir compensação a vítimas em processos autoritários e de violência generalizada.

*(i) Decisões que representam conquistas da luta das minorias pela reivindicação e o reconhecimento de seus direitos.* Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto a Corte Constitucional têm sido protagonistas da transformação positiva das sociedades plurais e democráticas. Por meio de suas decisões, eles têm sido elevados como forças combatentes às normas e/ou às práticas sociais segregadoras e discriminatórias, dando voz às minorias, normalmente silenciadas, sobre a opressão da maioria, geralmente protegida pelos tradicionais moralismos subjetivos invocados como públicos e gerais.

Destacam-se aqui as decisões que visam à (a) reivindicação dos direitos, a autonomia e a dignidade das mulheres; (b) reivindicação dos direitos, igualdade e dignidade da população LGBTIQ+; (c) reivindicação dos direitos, autonomia e igualdade das comunidades étnico-raciais e indígenas.

Sobre elas:

(a) Com relação à reivindicação dos direitos, autonomia e dignidade das mulheres, o Supremo Tribunal Federal julgou decisões de repercussão geral, e por meio delas declarou a inconstitucionalidade da incidência do tipo penal de aborto no caso de interrupção voluntária da gravidez, realizada no primeiro trimestre da gravidez, respeitando o direito à autonomia na

---

<sup>162</sup> MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. *Revista Estudios sociojurídicos*, v. 2, n. 1, p. 9-32, 2000.

<sup>163</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-355**. Magistrados Ponentes. Jaime Araújo Rentería e Clara Inés Vargas Hernández, maio de 2006. Recentemente as decisões foram professadas: COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad SU-096**. Magistrado Sustanciador: José Fernando Reyes Cuartas, outubro 2018; COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-088**. Magistrado(a) Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo, março de 2020, decisões que estão sujeitas às mesmas considerações.

escolha dos direitos sexuais e reprodutivos, assim como a integridade física e psicológica.<sup>164</sup> Além disso, protegeu os direitos de liberdade sexual e reprodutiva, saúde, dignidade e autodeterminação da mulher, declarando inconstitucional a interpretação da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, conduta que é definida no Código Penal.<sup>165</sup>

Ademais, em linha com a garantia do bem-estar da mulher, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou pela inconstitucionalidade de determinados artigos da *Lei Maria da Penha* (Lei nº 11.340 de 2006), que cria mecanismos para conter a violência doméstica e familiar contra a mulher, no sentido de garantir que o Ministério Público possa iniciar processos criminais sem a necessidade de representação da vítima.<sup>166</sup>

Com relação ao papel das mulheres na política, o Supremo Tribunal Federal decidiu equiparar o limite mínimo legal das candidatas femininas aos recursos mínimos do Fundo a serem alocados, o que também deve ser interpretado como 30% do Fundo alocado a cada partido, em eleições majoritárias e proporcionais. Estabeleceu também que, quando há uma porcentagem maior de candidatas femininas, os recursos globais mínimos de cada partido, a serem alocados para financiar campanhas, devem ser alocados na mesma proporção.<sup>167</sup> Apesar desse progresso, ainda é necessária uma política legislativa de cotas para a representação feminina, reduzindo a assimetria de sua ocupação nos diferentes cargos políticos.<sup>168</sup>

Na Colômbia, a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez ocorre desde 2006. Nesse ano, a Corte Constitucional condicionou a interpretação da lei penal e "legalizou o aborto parcialmente" em três situações: quando a continuação da gravidez constitui um perigo para a vida ou à saúde da mulher; quando há uma grave má-formação do feto que inviabiliza sua vida (ambas as situações certificadas por um médico); e quando a gravidez é resultado de conduta, devidamente relatada, que constitui estupro ou inseminação artificial e transferência de um óvulo fertilizado sem consentimento, incluindo o incesto. Posteriormente, uma decisão

---

<sup>164</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*, n. 124306. Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Brasília, 09 de agosto de 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 442. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília (em discussão).

<sup>165</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 54, Relator. Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de maio de 2012. Cfr. KREUZ, Letícia Regina Camargo. **Domínio do Corpo**. O aborto entre leis e juízes. Curitiba: Íthala, 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de Documentação. Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal. **Interrupção voluntária da gravidez**. Bibliografia, Legislação e Jurisprudência temáticas. Brasília: STF, 2018.

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4424. Relator. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2012.

<sup>167</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 5617, Relator. Min. Edson Fachin. Brasília, 3 de outubro de 2018. Cfr. SILVEIRA, Marilda de Paula. Democracia de Gênero e seus desafios: como as ações afirmativas para participação feminina na política devem ser aprimoradas. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 75, pp. 323-348, jul./dez. 2019. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2019v75p323.

<sup>168</sup> Cfr. SALGADO, Eneida Desiree; GUIMARÃES, Athaides Guimarães; MONTE-ALTO, Eric V. Lopes Costa. Cotas de gênero na política: entre a história, as urnas e o parlamento. **Gênero & Direito**, v. 4, n. 3, 23 dez. 2015.

de unificação foi emitida, nos mesmos termos que a anterior, insistindo numa regulamentação para o direito fundamental à interrupção voluntária da gravidez.<sup>169</sup>

Por outro lado, em relação à proteção das mulheres contra a violência de gênero, a Corte Constitucional estabeleceu critérios de gênero que os juízes devem analisar com relevância em cenários de difícil atividade probatória.<sup>170</sup> Sob uma interpretação semelhante, a Corte Constitucional determinou que o Estado pode se tornar o agressor de uma mulher quando não é diligente ao tratar de decisões sobre violência baseada em gênero.<sup>171</sup> Ainda na questão de igualdade, a Corte Constitucional garantiu o direito das mulheres de participar das forças armadas, tradicionalmente orientadas para o acesso dos homens.<sup>172</sup>

(b) Em termos de reivindicação dos direitos, igualdade e dignidade da população LGBTIQ+, tanto o Brasil quanto a Colômbia fizeram progressos consideráveis. Em primeiro lugar, sobre o reconhecimento das uniões civis ou casamento entre pessoas do mesmo sexo, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal realizou interpretação da Lei Civil de acordo com a Constituição e reconheceu a constitucionalidade da união estável de casais do mesmo sexo.<sup>173</sup> Meses depois, na Colômbia, a Corte Constitucional reconheceu que casais do mesmo sexo constituem uma unidade familiar, protegida pela constituição, e decidiu que, se após dois anos o Congresso não regulamentasse a questão – o que até o presente momento não aconteceu – casais do mesmo sexo poderiam ir perante juízes e tabeliães para formalizar e solenizar um vínculo contratual.<sup>174</sup> Em um avanço terminológico histórico sobre "casamento igualitário", e em vista da omissão do Legislativo, em 2016, numa sentença de unificação de jurisprudência, a Corte Constitucional declarou que os casamentos civis entre casais do mesmo sexo, celebrados após o prazo concedido ao Congresso, serão regidos com plena validade jurídica. Nesta ocasião, ordenou-se a várias entidades que divulgassem o conteúdo da decisão, a fim de garantir essa proteção.<sup>175</sup> Os direitos derivados destes casamentos ou uniões civis também têm

---

<sup>169</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-355**. Magistrados Ponentes. Jaime Araújo Rentería e Clara Inés Vargas Hernández, maio de 2006.

<sup>170</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-012**. Magistrado(a) Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, 22 de janeiro de 2016.

<sup>171</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-735**. Magistrado(a) Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo, 15 de dezembro de 2017.

<sup>172</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-624**. Magistrado(a) Ponente: Jose Gregório Hernandez Galindo, 15 de dezembro de 1995.

<sup>173</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 132. Relator. Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4277, Relator. Min. Ayres Britto, Brasília, 05 de maio de 2011.

<sup>174</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-577**. Magistrado(a) Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 26 de julho de 2011.

<sup>175</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación SU- 214**. Magistrado(a) Ponente: Alberto Rojas Rios, 28 de abril de 2016.



sido objeto de discussão judicial constitucional. Tanto a Corte Constitucional quanto o Supremo Tribunal Federal reconheceram a existência de direitos de propriedade e heranças entre casais do mesmo sexo.<sup>176</sup>

Em segundo lugar, a Corte Constitucional fez progressos nas questões relacionadas à adoção por casais do mesmo sexo. Nesse sentido, a partir de 2012, com o caso *Chandler Burr*,<sup>177</sup> abriu-se o caminho que pode garantir, sem qualquer tipo de discriminação e independentemente de sua formação, a possibilidade de terem direito a uma família. Finalmente, em 2015, não só foi dada ao parceiro(a) a possibilidade de adotar o filho ou filha biológico de seu parceiro(a), entendido como "adoção consentida ou complementar",<sup>178</sup> mas também, naquele mesmo ano, foi considerado constitucionalmente inválido excluir do processo de adoção e do direito de formar uma família todos os casais do mesmo sexo e que qualquer interpretação em sentido contrário geraria um "déficit" na proteção de menores e adolescentes em abandono.<sup>179</sup> Esta conquista histórica em favor dos menores foi admitida no Brasil, a partir de 2010, pelo Superior Tribunal de Justiça,<sup>180</sup> ao permitir a adoção por casais do mesmo sexo. Algum tempo depois, o Supremo Tribunal Federal autorizou a adoção conjunta por um casal

---

<sup>176</sup> Sobre o assunto para a Colômbia, ver: COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-717**. Magistrado(a) Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, 22 de setembro de 2011; COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-075**. Magistrado(a) Ponente: Rodrigo Escobar Gil, 7 de fevereiro de 2007; sobre o reconhecimento de pensões de sobrevivência para casais do mesmo sexo; COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-935**. Magistrado(a) Ponente: Mauricio González Cuervo, 29 de maio de 2014; e sobre assuntos de sucessão COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-238**. Magistrado(a) Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 22 de março de 2012. Para o Brasil, o Supremo deu espaço para o direito sucessório em face às uniões estáveis por meio da BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 646.721. Relator. Min. Marco Aurélio. Brasília, maio de 2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 878.694/MG, Relator. Min. Luis Roberto Barroso. Brasília, maio de 2017. Já sobre o direito de receber pensão pela morte do companheiro do mesmo sexo, foi o Superior Tribunal de Justiça quem julgou. Ver. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp** 395.904 / RS. Relator. Min. Hélio Quaglia Barbosa, jul. 13 de dezembro de 2005; no mesmo sentido; BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp**. 148.897, Relator. Min. Ruy Rosado, MG, 6 de abril de 1998.

<sup>177</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-276**. Magistrado(a) Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 11 de abril de 2012. Nessa ocasião, a Corte analisou a possibilidade de que um cidadão estadunidense, juntamente com seu parceiro, pudesse realizar iniciar processo de adoção de uma criança. A Corte exortou as autoridades administrativas do Bem-Estar Familiar (ICBF), que os processos de adoção, deveriam ser direcionados a proteção das crianças e não a gerar ações de discriminação contra pessoas LGBTQ+.

<sup>178</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-071**. Magistrado(a) Ponente: Jorge Iván Palacio, 18 de fevereiro de 2015.

<sup>179</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-071**. Magistrado(a) Ponente: Jorge Iván Palacio, 4 de novembro de 2015.

<sup>180</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp**, n. 889.852/ RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 27 de abril de 2010.

gay, que seria estendida a situações similares.<sup>181</sup> Também decidiu-se que as mães não grávidas de uma união homoafetiva têm direito à licença maternidade.<sup>182</sup>

Em terceiro lugar, ao se defender a autonomia individual e garantir a não-discriminação, o Supremo Tribunal Federal não apenas delineou aspectos conceituais sobre a identidade de gênero e o direito à autodeterminação,<sup>183</sup> mas também garantiu o direito à alteração de nome e sexo no registro civil.<sup>184</sup> Da mesma forma, a Corte Constitucional protegeu a orientação sexual e a identidade de gênero nos regulamentos escolares,<sup>185</sup> bem como ordenou procedimentos para a mudança de sexo,<sup>186</sup> mudança de nome e correção da identidade de pessoas transgênero no registro civil.<sup>187</sup> Com base nas mesmas premissas de garantia de identidade, a Corte Constitucional protegeu a privacidade dos homossexuais nas forças armadas.<sup>188</sup>

Finalmente, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto a Corte Constitucional fizeram progressos no combate à discriminação quanto à questão da proibição de homossexuais doarem sangue. Desde 2012 a Corte Constitucional tem protegido o direito à igualdade e à não discriminação de um usuário homossexual do serviço público de saúde que deseje doar

---

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 846.102/PR. Relatora. Min. Carmen Lucia, 5 de março de 2015.

<sup>182</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n.1.211.446. Relator. Min. Luis Fux, 21 de outubro de 2019. Esse assunto, amparado sobre pressupostos de não discriminação, também é válido na Colômbia.

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ADO**, n. 26/DF, Relator. Min. Celso de Mello, 20 de fevereiro de 2019. Nessa ocasião, determinou-se que atos de homofobia e transfobia devem ser enquadrados como tipo penal. Além disso, garantiu-se aos integrantes do grupo LGBTIQ+ o direito pleno à cidadania e respeito às suas escolhas. Num sentido similar, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF. No. 457/GO**. Relator. Min. Alexandre de Moraes, julgada o 29 de abril de 2020. Por meio dessa decisão, foi declarada inconstitucional uma lei municipal que proibia nas escolas a utilização de materiais didáticos que contivessem “ideologia de gênero”.

<sup>184</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4275, Relator. Min. Marco Aurélio, 01 de março de 2018. O Supremo entendeu ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de resignação de sexo; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**, n. 670.422/RS, Relator. Min. Dias Toffoli, 11 de setembro de 2014.

<sup>185</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-565**. Magistrado(a) Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, 23 de agosto de 2013.

<sup>186</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-622**. Magistrado(a) Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 22 de agosto de 2014. Nesta ocasião, foi ordenado proteger o direito à privacidade de dois menores, mediante a determinação de que várias entidades administrativas que constituíssem como prioridade o cuidado psicológico e físico dos distúrbios do desenvolvimento genital, bem como consultassem os pais sobre as decisões e até mesmo instar o Executivo a desenvolver diretrizes e protocolos de prática clínica para o tratamento de pessoas nascidas em condição intersexo. Numa linha semelhante COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-675**. Magistrado(a) Ponente: Alejandro Linares Cantillo, 15 de novembro de 2017.

<sup>187</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-977**. Magistrado(a) Ponente: Alexei Julio Estrada, 22 de novembro de 2012.

<sup>188</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-507**. Magistrado(a) Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, 14 de julho de 1999.

sangue.<sup>189</sup> Recentemente, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucionais as disposições dos regulamentos das entidades administrativas que excluía os homens que tiveram relações com outros homens e/ou seus parceiros sexuais nos 12 meses anteriores do rol de pessoas elegíveis para doar sangue.<sup>190</sup>

(c) Com relação à reivindicação dos direitos, a autonomia e a igualdade das comunidades étnico-raciais e indígenas, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões destinadas a afirmar a importância da ação afirmativa no combate à discriminação contra a comunidade negra (um avanço diante da problemática estrutural do racismo) que pode ser materializada pelo estabelecimento de diferentes cotas, tanto nas universidades como no exercício da função pública.

Nessa perspectiva, os programas de ação afirmativa em sociedades com certa estratificação racial teriam como objetivo eliminar privilégios que beneficiam os brancos. Segundo Djamila Ribeiro, as condições de acesso a uma educação gratuita e de qualidade por parte da população negra é menor, e é o racismo estrutural que facilita o afastamento do grupo desses ambientes.<sup>191</sup> Por sua parte, para Adilson José Moreira, esse discurso jurídico baseado numa narrativa cultural permite identificar estratégias ideológicas que articulam os princípios e teses jurídico-sociológicas para avançar interesses setoriais – um avanço que deve ser permitido na medida em que visam à promoção da justiça social.<sup>192</sup>

Na Colômbia, a Corte Constitucional determinou o caráter dos grupos étnicos e delineou e/ou condicionou pressupostos gerais para a conceituação do termo "comunidade negra" e "pluralismo". Também permitiu o reconhecimento da "etnia" como uma comunidade para a tomada de decisões em questões de interesse geral, reconhecendo, na maioria dos casos, um direito de propriedade coletiva.<sup>193</sup>

---

<sup>189</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-248**. Magistrado(a) Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 26 de março de 2012.

<sup>190</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 5543. Relator. Ministro. Edson Fachin, 09 de maio de 2020.

<sup>191</sup> RIBEIRO, Djamila. **Pequeno Manual Antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 43.

<sup>192</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 186, Relator. Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC**, n. 41, Relator. Min. Luis Roberto Barroso, 08 de junho de 2017. cfr. MOREIRA, Adilson José. Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural. **Direito & Praxis**. Rio de Janeiro, Vol. 08, No. 2, 2017, p. 830-868. DOI:10.12957/dep.2017.2146.

<sup>193</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-169**. Magistrado(a) Ponente: Carlos Gaviria Diaz, 14 de fevereiro de 2001; COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-461**. Magistrado(a) Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, 14 de maio de 2008; COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-955**. Magistrado(a) Ponente: Álvaro Tafur Galvis, 17 de outubro de 2003; COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-576**. Magistrado(a) Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, 4 de agosto de 2014.

Quanto às comunidades indígenas, o caso *Raposa do Sol*, que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, tornou-se relevante. Nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal considerou válida uma Portaria e um Decreto Presidencial, pelo qual foi homologada a demarcação de uma reserva indígena, condicionando-a, por meio de 19 requisitos ou parâmetros abstratos de conduta além da petição inicial, em nome da proteção dos direitos fundamentais dos povos indígenas.<sup>194</sup> Atualmente está em julgamento um caso de repercussão geral, que tem por objetivo deter a turbação caracterizada pela presença de índios em áreas de reserva ecológica. Esse caso pode definir o futuro dos povos indígenas no Brasil, principalmente no que diz respeito ao direito à terra.<sup>195</sup>

Na Colômbia, a Corte Constitucional reconheceu a independência e a autonomia dos membros das comunidades indígenas como sujeitos de direitos fundamentais.<sup>196</sup> Também identificou amplas áreas para o exercício da administração da justiça pelas autoridades indígenas.<sup>197</sup>

(ii) *Decisões de alcance geral voltadas à garantia da dignidade humana, da autonomia individual e do livre desenvolvimento da personalidade.* Muito embora as decisões apresentadas acima também estejam relacionadas à garantia da dignidade humana, da autonomia individual e do livre desenvolvimento da personalidade, nesta seção pretende-se apresentar algumas decisões de alcance geral (não destinadas especificamente a minorias) sobre o impacto da garantia desses direitos. Deve-se notar, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal não só deu substância à liberdade de expressão por meio de seu exercício e limites no julgamento das manifestações de conteúdo imoral que implicam em ilicitude criminal, mas também ao declarar inconstitucional a proibição de manifestações públicas na *Praça dos Três Poderes*. Da mesma forma, na questão da publicação de biografias não autorizadas, o Supremo Tribunal Federal, fazendo uma interpretação conforme com a Constituição, declarou

---

<sup>194</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 3388, Relator. Min. Cezar Peluso, 14 de junho de 2005. Cfr. BITENCOURT, Caroline Müller; GORCZEVSKI, Clovis. La función y la legitimidad del poder judicial en el constitucionalismo democrático brasileño ¿un activismo necesario? **Estudios Constitucionales**, ano. 14, n. 2, 2016, pp. 207-230; e BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, pp. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>, para esse último, o caso é próprio da deferência legislativa.

<sup>195</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 1.017.365. Relator. Min. Edson Fachin, 11 de abril de 2019.

<sup>196</sup> Destaca-se entre outras: COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de **Constitucionalidad C-139**. Magistrado(a) Ponente: Carlos Gaviria Díaz, 9 de abril de 1996; COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-379**. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández, 9 de maio de 2006; COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-617**. Magistrado(a) Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, 5 de agosto de 2010.

<sup>197</sup> Destaca-se, COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-617**. Magistrado(a) Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, 5 de agosto de 2010.

desnecessária a autorização prévia para a publicação de biografias, considerando os direitos de liberdade de expressão da atividade intelectual e artística, independentemente da censura ou licença do biografado.<sup>198</sup>

Analisando-se a constitucionalidade do Estatuto do Desarmamento, em defesa da garantia à autonomia individual, ao direito à vida, ao livre desenvolvimento da personalidade e aos limites do respeito aos direitos de outros cidadãos, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivos do Estatuto que proibiam a concessão de liberdade, mediante o pagamento de fiança, no caso de porte ilegal de arma e disparo de arma de fogo.<sup>199</sup>

Em outra decisão histórica – já analisada –, o Supremo Tribunal Federal declarou que não houve violação do direito à vida quando validou o uso, para fins de pesquisa científica e terapêutica, de células-tronco embrionárias congeladas não mais adequadas para a fertilização.<sup>200</sup>

Por sua vez, a Corte Constitucional, garantindo a liberdade de expressão, culto e consciência, declarou a inconstitucionalidade da lei que aprova a Concordata com o Vaticano, lei que estabelece tratamento preferencial da religião católica pelo Estado, por entender que todas as crenças devem estar em situação de igualdade perante ela.<sup>201</sup> Em outra decisão, por uma lógica que visa a garantir a dignidade humana e a autodeterminação, a Corte Constitucional garantiu não apenas a proteção da identidade de gênero de menores e de qualquer cidadão em geral,<sup>202</sup> mas também o uso de linguagem jurídica inclusiva como instrumento e símbolo, que deve estar em concordância com os princípios e valores constitucionais. Apesar das críticas que a garantia de uma linguagem jurídica inclusiva em todos os processos da Corte Constitucional envolve,<sup>203</sup> destaca-se a posição da Corte Constitucional na análise de constitucionalidade do "Acordo de Paz". Muito embora defenda a incorporação da perspectiva de gênero e a sua

---

<sup>198</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 82.424, relator. Min. Moreira Alves, 19 de setembro de 2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 1969, Relator. Min. Ricardo Lewandowski, 28 de junho de 2007; BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4815. Relatora. Min. Carmen Lúcia, 10 de junho de 2015.

<sup>199</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 3112, Relator. Min. Ricardo Lewandowski, 02 de maio de 2007.

<sup>200</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 3510/DF, Relator. Min. Ayres Brito, 29 de maio de 2008.

<sup>201</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-027**. Magistrado(a) Ponente: Simón Rodríguez. 05 de fevereiro de 1993.

<sup>202</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-447**. Magistrada Sustanciadora. Gloria Stella Ortiz Delgado, 27 de setembro de 2019.

<sup>203</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-804**. Magistrado(a) Ponente: Humberto Sierra Porto, 27 de setembro de 2006. Cfr. SIERRA PORTO, Humberto Antonio. La jurisdicción constitucional de la libertad en Colombia. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Fuerza Normativa de la Constitución. Uruguay: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile – Konrad-Adenauer, 2011, pp. 69-76.

consolidação em pontos do acordo como a reforma rural e as vítimas, está em dívida com questões relacionadas a drogas ilícitas.<sup>204</sup>

Finalmente, a partir de 1994, visando a proteger a garantia à autonomia pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, a Corte Constitucional tem descriminalizado o consumo de droga, partindo da premissa de que se o Estado reconhece que determinado comportamento é desejável, é seu dever educar ao invés de proibir.<sup>205</sup> Sobre o assunto, no Brasil foi decidido que a importação de uma pequena quantidade de sementes da planta de *cannabis sativa*, não pode, por si só, configurar o crime de tráfico ou contrabando de drogas.<sup>206</sup>

(iii) *Decisões que visam a dar estabilidade ao sistema democrático e a garantia de reparação das vítimas em processos autoritários e de violência generalizada.* O sistema democrático é estável não apenas quando o perigo que identifica posições autoritárias é limitado diante de seu ideal de minar todas as instâncias públicas, mas também quando a importância da memória é reconhecida, já que esta é a única forma pela qual a justiça se torna material. Se as realidades que compõem os retrocessos forem reparadas, as sociedades, aparentemente, estarão no caminho da consolidação da democracia e do desenvolvimento. Nesse sentido, tanto a Corte Constitucional quanto o Supremo Tribunal Federal, sendo membros do sistema democrático, são também responsáveis pela manutenção e pela busca da estabilidade desse sistema.

Existem várias decisões que atendem ao objetivo de dar estabilidade ao sistema democrático, tanto as apresentadas para a garantia de direitos fundamentais gerais como as dos direitos de grupos que, tradicionalmente, têm sido violados. Apresentaram-se objetivamente aqui algumas decisões de grande relevância que serviram como um remédio para a estabilidade e manutenção do sistema democrático. Por sua vez, esse remédio tem sido usado como uma garantia para a construção da verdade, da justiça ou da reparação.

Diante do ideal autoritário de minar todos os órgãos públicos em benefício das instituições, a Corte Constitucional tem imposto limites à erosão da democracia,<sup>207</sup> especificamente no caso em que um governo convoca um referendo constitucional e submete à

---

<sup>204</sup> GPAZ. **LA PAZ avanza con las mujeres:** Observaciones sobre la incorporación del enfoque de género en el Acuerdo de Paz GPAZ – 2019. Bogotá D.C: GPAZ. Disponível em: [https://generoy paz.co/informes/gpaz\\_informe\\_2019.pdf](https://generoy paz.co/informes/gpaz_informe_2019.pdf)? Acesso em: 15 de outubro de 2020.

<sup>205</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-221.** Magistrado(a) Ponente: Carlos Gaviria Diaz, 5 de maio de 1994.

<sup>206</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal *Habeas Corpus*, n. 142987, Relator. Min. Gilmar Mendes, 11 de setembro de 2018.

<sup>207</sup> Cfr. DIXON, Rosalind; ISSACHAROFF, Samuel. Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy. **Wisconsin Law Review**, n. 16, 2016, DOI <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2726045>; LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy. **Davis Law Review**, v. 53, 2019; HUQ, Aziz Z. Democratic erosion and the courts: comparative perspectives. **New York University Law Review**, v. 23, n. 21, 2018.

consideração do povo um projeto de reforma constitucional, por meio do qual o governo pretende ser reeleito uma segunda vez.<sup>208</sup> Nessa ocasião, a Corte Constitucional realizou uma análise baseada em três elementos: (1) um exame da forma como o comitê de promotores da iniciativa foi formado, financiado e exerceu essa iniciativa; (2) uma análise do processo pelo qual o projeto de lei passou no Congresso; e (3) a existência de visões materiais ou de substituição da Constituição.<sup>209</sup> Ainda que a decisão tenha sido permitida por favoritismo popular, a Corte Constitucional mostrou que a Constituição é uma norma que vai além do poder da maioria. Além disso, assim como essas maiorias encontram limites na Constituição, os procedimentos que constituem as regras do jogo democrático não são uma questão meramente formal na análise constitucional. Assim, reiterando a independência, e analisando a própria essência da Constituição, concluiu-se que as modificações do regime eleitoral, dos poderes e do período do Presidente da República tinham o potencial de modificar os eixos fundamentais e estruturais da Constituição de 1991.<sup>210</sup>

A cobertura das funções jurisdicionais como garantia para a construção da verdade, da justiça e da reparação, como pressuposto de estabilidade democrática, infelizmente vem sendo assuntos fora da atuação do Supremo Tribunal Federal.<sup>211</sup> Já na Colômbia, sob um método de diálogo vertical e horizontal,<sup>212</sup> a Corte Constitucional foi elevada à condição de protagonista nessas questões, seja contribuindo para a construção da verdade, seja para a consolidação da justiça ou para a garantia de reparação às vítimas em processos de violência generalizada. Nessa acepção, a Corte Constitucional defendeu a existência de uma Jurisdição Especializada para a Paz (JEP) – após as objeções do Governo, as quais se traduziam num descompasso no equilíbrio do julgamento da força pública, também um ator fundamental no desenvolvimento do conflito –, reiterando a competência deste órgão jurisdicional de transição para investigar e sancionar crimes cometidos por policiais e militares.<sup>213</sup>

---

<sup>208</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-141**. Magistrado(a) Ponente: Humberto Sierra Porto, 26 de fevereiro de 2010.

<sup>209</sup> SIERRA PORTO, Humberto Antonio. La jurisdicción constitucional de la libertad en Colombia. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Fuerza Normativa de la Constitución. Uruguay: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile – Konrad-Adenauer, 2011, pp. 69-79.

<sup>210</sup> ROBLEDO SILVA, Paula; ROA, Jorge Ernesto. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los Derechos de las Mujeres y los debates comunes a Colombia y España. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. n. 15, Madrid, 2011, pp. 643-676.

<sup>211</sup> Cfr. DEL RÍO, Andrés. Dictadura, Democracia y Justicia Transicional en Brasil: Trayectoria y Legados del Supremo Tribunal Federal. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 57, no 4, pp. 1169 a 1201, 2014.

<sup>212</sup> GARGARELLA, Roberto. The Judicialization of Peace, **Harvard International Law Journal** v. 59, n. 2, 2018. Disponível em: < [https://harvardilj.org/2019/02/reservations\\_peace/](https://harvardilj.org/2019/02/reservations_peace/) >

<sup>213</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-112**. Magistrado(a) Ponente: José Fernando Reyes Cuartas, 13 de março de 2019.

Por outro lado, no estudo da constitucionalidade das normas relacionadas aos acordos de paz, implementadas e garantidas no Legislativo por meio do procedimento *Fast track*, a Corte Constitucional tem tomado caminhos e posições diferentes, porém nenhuma delas tem colocado em xeque a consolidação da paz; ao contrário, busca, na maioria dos casos, caminhos democráticos.<sup>214</sup> Apesar disso, a Corte Constitucional não se limitou a analisar as questões de paz a partir da assinatura do Acordo. Pelo contrário, vem reconhecendo uma série de direitos, que são os pré-requisitos do sistema democrático, àqueles diretamente afetados pela violência e pelos longos conflitos na Colômbia. Destacam-se as decisões pelas quais se reconheceu: o acesso à informação nos casos de desaparecimento forçado;<sup>215</sup> a adequação da ação de tutela às vítimas do conflito armado interno por sua qualidade de sujeitos de especial proteção constitucional e a responsabilidade do Estado de assegurar que as vítimas de violência sexual e reprodutiva cometida no âmbito do conflito armado interno tenham acesso a medidas de reparação;<sup>216</sup> o alcance e a natureza dos direitos das vítimas;<sup>217</sup> entre outros.

Dentro desse catálogo de decisões, a declaratória do estado de coisas inconstitucional relacionado ao conflito armado assume especial relevância. A partir da decisão estrutural de 2004, o deslocamento forçado foi identificado como o problema humanitário mais grave, um déficit de direitos humanos na Colômbia, sofrido por milhares de pessoas. Embora a maioria das causas esteja diretamente relacionada a aspectos dos direitos sociais – um assunto que será discutido em maior profundidade a seguir – entre as deficiências identificadas na estruturação do estado de coisas inconstitucional, que de alguma forma são enquadradas como uma decisão destinada a dar estabilidade ao sistema democrático, destacam-se o baixo nível de

---

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-332**. Magistrado(a) Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo, 17 de maio de 2017; COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-630**. Magistrados Ponentes: Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo, 11 de outubro de 2017. Segundo Rodrigo Uprimny, numa análise feita à decisão referenciada, destacou-se que, embora a decisão dificulte uma implementação rápida e ordenada do acordo de paz, pois pode torná-lo mais lento por falta de confiança por parte dos negociadores, é importante ressaltar que a Corte, naquela ocasião, protegeu com rigor o procedimento democrático, pois esse último deve ser flexível com o valor dos conteúdos aprovados em procedimentos rápidos. Entretanto, o acima exposto, para Uprimny, a decisão parece ser juridicamente errada, pois pode banalizar o julgamento de sua substituição, para o autor, a Corte poderia estar "perigosamente bloqueando a mudança constitucional". Cfr. ROA, Jorge. La sustitución constitucional, el "*fast track*" y el Acuerdo Final de Paz: Análisis. **Âmbito Jurídico**. Bogotá D.C, maio de 2017. Disponível em: <<https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/la-sustitucion-constitucional-el-fast-track-y>> Acesso em: 29 de outubro de 2020.

<sup>215</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-511**. Magistrado(a) Ponente: Humberto Sierra Porto, 18 de junho de 2010.

<sup>216</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación SU-599**. Magistrada Ponente. Cristina Pardo Schlesinger, 11 de dezembro de 2019.

<sup>217</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela C-228**. Magistrado(a) Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; Eduardo Montealegre Lynett, 3 de abril de 2002.



comprometimento institucional, a ausência de respostas de curto prazo, a falta de mecanismos de gestão de deslocamento e a falta de flexibilidade na resposta institucional.<sup>218</sup>

Até aqui foi feita uma tentativa de demonstrar como as conquistas da luta das minorias contra a opressão da maioria, a garantia da dignidade humana e a estabilidade do sistema democrático têm sido questões de relevância e importância na pauta da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, muitas dessas decisões têm funcionado como um remédio para a construção de sociedades mais democráticas e inclusivas, que respeitem os princípios constitucionais. No entanto, os efeitos desse remédio, muitas vezes imediatos, não são expressivos, e alguns nem mesmo geram efeito. Talvez isso se deva à falta de análise prévia das decisões e à falta de identificação do impacto das decisões, o que não é objeto desta pesquisa. Contudo, o importante papel da Corte Constitucional ou do Supremo Tribunal Federal como catalisadores para garantir os direitos e a estabilidade do sistema democrático não pode ser ignorado.

### **2.3. O constitucionalismo temporário: a construção e a estagnação das conquistas sociais constitucionais**

Ao se reconhecer as conquistas e os progressos alcançados pela jurisdição constitucional na Colômbia e no Brasil, é necessário evidenciar como têm havido tentativas, até o momento, não só sobre questões que, aparentemente, podem gerar efeitos imediatos quando se trata de assuntos voltados à garantia da dignidade humana, do respeito à autonomia individual e da estabilidade do sistema democrático, mas também questões que não geram esses efeitos no tempo, principalmente aquelas relacionadas aos direitos sociais e o conteúdo prestacional dos direitos. Isso não significa que, entendidas como direitos fundamentais,<sup>219</sup> as liberdades individuais não tenham um conteúdo prestacional, como os direitos sociais, e que, por essa razão, sejam apresentadas como direitos estruturalmente distintos dos direitos sociais. Todos os direitos fundamentais são objeto de prestações fáticas e normativas e impõem um dever de respeitar, proteger e cumprir, sejam eles liberdades individuais ou direitos sociais.

Dando ênfase à análise dos direitos sociais, o “tempo” que justifica a denominação de “constitucionalismo temporário” é visto de dois lados. O primeiro é que, embora tenham

---

<sup>218</sup> OSUNA, Nestor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. *In*: BAZÁN, Víctor (ed). **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. Bogotá D.C: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile- KAS. 2015, pp. 91-116.

<sup>219</sup> Sobre os direitos fundamentais como um todo, veja-se: NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 30-40.

sido alcançados progressos positivos na garantia de direitos e nas conquistas sociais constitucionais, ainda há um longo caminho a percorrer. O segundo é que se aparentemente houve uma conquista de direitos sociais, garantida pela Corte Constitucional ou pelo Supremo Tribunal Federal, esse progresso está estagnado, impedindo uma das pretensões mais relevantes da proteção dos direitos sociais: a redução das desigualdades. Apesar disso, esses avanços e conquistas são destacados aqui na perspectiva de contribuir para a consolidação de uma sociedade mais justa.

De fato, existem múltiplas decisões, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto da Corte Constitucional, pelas quais os direitos sociais são reconhecidos e/ou garantidos. Parece que os desejos sociais (em geral) garantidos na sede da Corte Constitucional ou do Supremo Tribunal Federal estão almeçados como trunfos da justiça para aumentar o potencial democrático e civilizatório de uma Corte Constitucional.<sup>220</sup> Nesse entendimento, parece que os juízes estão legitimados a adotar decisões com impactos econômicos, pois, como garantes dos direitos fundamentais, eles só conhecem o conteúdo constitucional como um limite.<sup>221</sup>

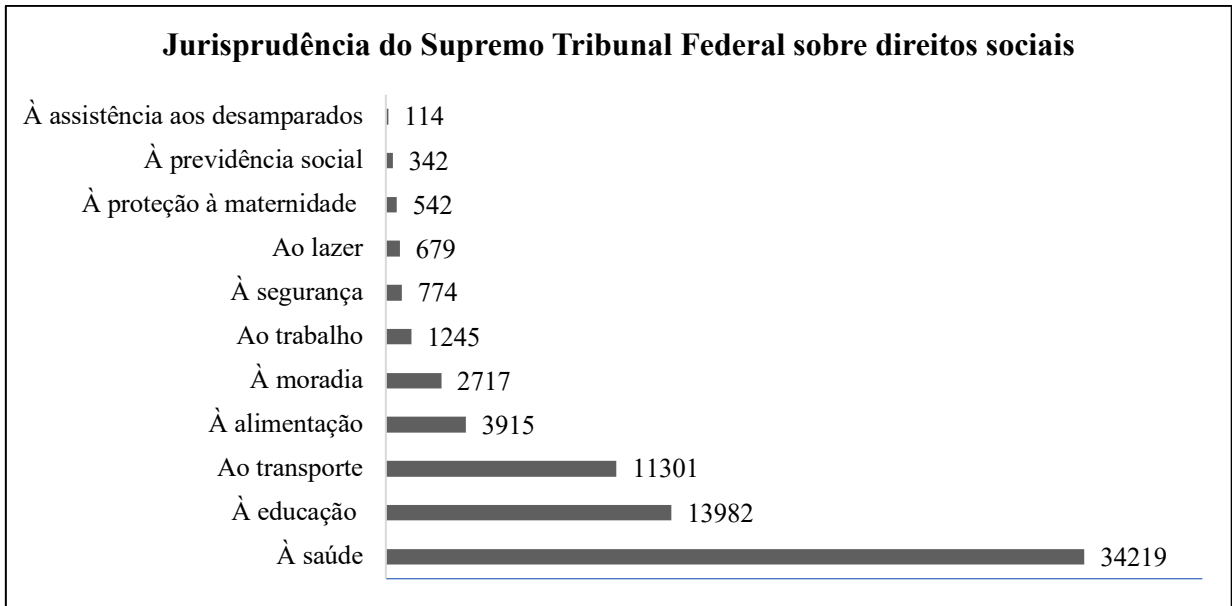
Nesse sentido, apresentar todas as conquistas sociais alcançadas por meio da jurisdição constitucional, tanto na Colômbia como no Brasil, é uma questão que ultrapassa os limites deste trabalho. Por exemplo, numa pesquisa geral realizada tanto nos relatórios da Corte Constitucional como no Supremo Tribunal Federal, foi encontrado um grande número de decisões envolvendo cada um dos direitos estabelecidos nas Constituições de 1988 e 1991.<sup>222</sup>

### Gráfico 1.

<sup>220</sup> BARROSO, Luís Roberto. La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales. In: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coords.). **Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas**. Un homenaje a Mark Tushnet. México: UNAM, 2016, p. 160.

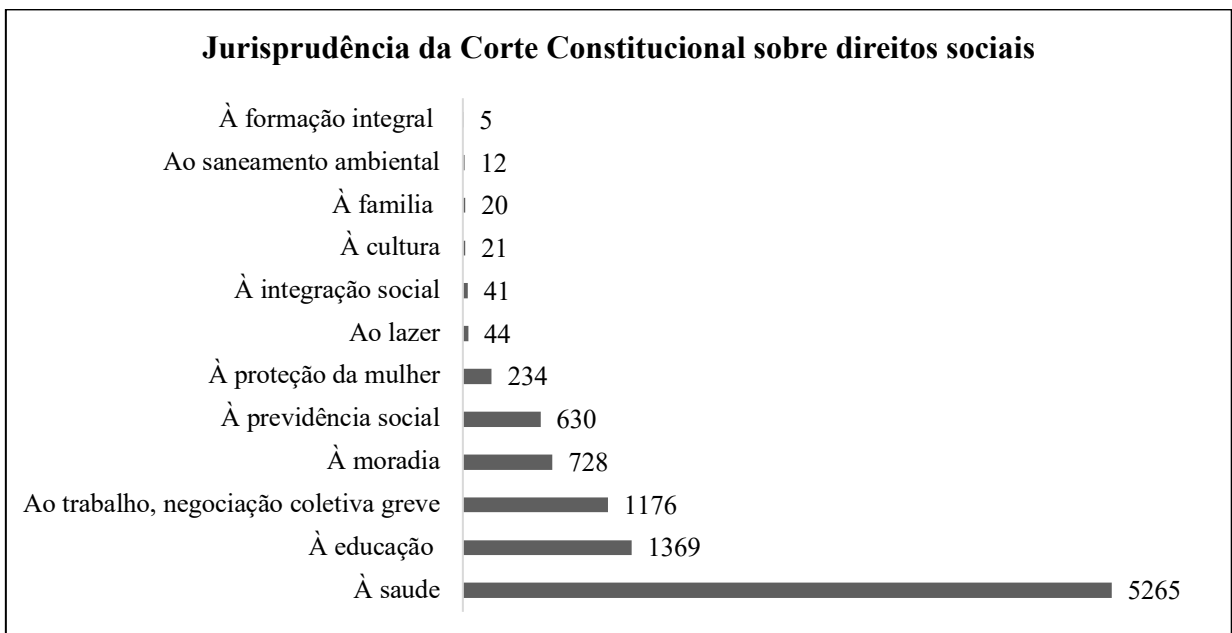
<sup>221</sup> ROA, Jorge Ernesto. Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Ano. XXIII. Bogotá D.C, pp. 453-480, 2017.

<sup>222</sup> A pesquisa foi feita nos sites do Supremo Tribunal Federal < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> >; e da Corte Constitucional da Colômbia < <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/> >, adotando uma metodologia baseada na realização de pesquisa nos exatos termos e na exata ordem indicados na expressão de busca mediante aspas “”, sem importar o tipo de decisão: tutela, unificação ou constitucionalidade (para o caso da Corte), acórdãos, decisões monocráticas, informativos ou súmulas (para o caso do Supremo); de acordo com os direitos sociais do art. 6 da Constituição de 1988 < *Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição* >, e, para o caso da Colômbia, segundo o Título II, Capítulo II da Constituição de 1991, “*De los derechos sociales económicos y culturales*”, malgrado a redação desses direitos e a diferença da Constituição brasileira, não se encontram alistados, deduzindo-se os seguintes: “*derecho a la familia (art. 42); derecho a la seguridad social (art. 48); derecho a la protección de la mujer (art. 43); derecho a la formación integral (art. 45); derecho a la integración social (art. 47); derecho a la salud (art. 49); derecho al saneamiento ambiental y al medio ambiente sano (art. 49); derecho a la vivienda digna (art. 51); derecho a la recreación y deporte (art. 52); derecho al trabajo, a la negociación colectiva y a la huelga (art. 53-56); derecho a la educación y autonomía universitaria (art. 67; art. 69); derecho a la cultura (art. 70)*. Deve-se notar que os dados apresentados são aproximados, uma vez que o software de busca frequentemente repete decisões. Porém, serve como parâmetro para investigar o impacto e o número de decisões sobre o assunto.



**Fonte:** O autor, 2020

**Gráfico 2.**



**Fonte:** O autor, 2020

Reconhecendo-se o número significativo de decisões envolvendo direitos sociais, principalmente sobre o direito à saúde e à educação, entende-se que, a partir das constituições de 1988 e 1991, assim como com a elevação do Supremo Tribunal Federal e a criação da Corte Constitucional como tribunais constitucionais, o exercício da função jurisdicional constitucional tem tido um impacto relevantíssimo sobre o Estado e a efetividade dos direitos fundamentais.

Igualmente, ressaltam-se as decisões da Corte Constitucional voltadas ao reconhecimento do direito ao trabalho das pessoas que exercem a prostituição;<sup>223</sup> a inconstitucionalidade do sistema financeiro de moradia, resultado da falta de auxílio dos órgãos políticos diante das altas taxas de juros, do aumento do desemprego e das altas taxas de inflação;<sup>224</sup> a condicionalidade das normas que limitaram a origem do “incidente de impacto fiscal (IIF)” ou impacto econômico contra as decisões de tutela.<sup>225</sup>

Sobre direitos coletivos, particularmente o direito de desfrutar de um ambiente saudável, a Corte Constitucional decidiu por reiterar a necessidade de criar mecanismos eficazes de proteção contra a deterioração ambiental,<sup>226</sup> garantiu o direito à consulta prévia das comunidades afetadas<sup>227</sup> e promoveu ações afirmativas em favor dos recicladores, dentre outras.<sup>228</sup> Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões históricas, como: determinar o fornecimento gratuito de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes soropositivos sem recursos financeiros;<sup>229</sup> garantir o direito à educação infantil, por meio do fornecimento (como dever do poder público) de creches e do acesso à pré-escola como uma forma de efetivar esse direito;<sup>230</sup> declarar constitucional a criação de um benefício que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas carentes portadoras de necessidades especiais.<sup>231</sup>

<sup>223</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-629**. Magistrado(a) Ponente: Juan Carlos Henao Pérez, 13 de agosto de 2010.

<sup>224</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-700**. Magistrado(a) Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, 16 de setembro de 1999. Para uma análise da decisão, ver: UPRIMNY, Rodrigo. El control constitucional a la economía. In: GARCÍA, Mauricio; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida. **Democracia, justicia y sociedad**. Diez años de investigación en Dejusticia. Bogotá D.C: Dejusticia, 2016, p.110.

<sup>225</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-870**. Magistrado(a) Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez, 13 de novembro de 2014. Cfr. ROA, Jorge Ernesto. Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Ano. XXIII. Bogotá D.C, pp. 453-480, 2017.

<sup>226</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela-415**. Magistrado(a) Ponente: Ciro Angarita Barón, 17 de junho de 1992.

<sup>227</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación SU-039**. Magistrado(a) Ponente: Antonio Barrera Carbonell, 3 de fevereiro de 1997.

<sup>228</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-724**. Magistrado(a) Ponente: Jaime Araújo Rentería, 20 de agosto de 2003.

<sup>229</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 271-286-8/RS. Relator. Min. Celso de Mello, 12 de setembro de 2009.

<sup>230</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 554.075 AgR, Relatora. Min. Cármen Lúcia, 30 de junho de 2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumento AI**, n. 592.075 AgR. Relator. Min. Ricardo Lewandowski, 19 de maio de 2009. “*firmou-se no sentido da existência de direito subjetivo público de crianças até cinco anos de idade ao atendimento em creches e pré-escolas. (...) também consolidou o entendimento de que é possível a intervenção do Poder Judiciário visando à efetivação daquele direito constitucional*”. Sob o direito à educação perante o STF. Cfr. SCAFF, Elisângela Alves da Silva; PINTO, Isabela Rahal de Rezende. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à educação. **Revista Brasileira de Educação** v. 21 n. 65 abr./jun, 2016. DOI:http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782016216523.

<sup>231</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 2649. Relator. Min. Cármen Lúcia, 06 de maio de 2008.

Finalmente, pode-se mencionar múltiplas decisões por meio das quais as conquistas sociais foram alcançadas. Vale a pena fazer uma análise especial destes avanços em relação às decisões declaratórias de estado de coisas inconstitucional, apresentadas como sentenças ou decisões estruturais, o que corresponderia a decisões transversais sobre os problemas e as necessidades que dizem respeito aos direitos sociais. A proteção estrutural dos direitos fundamentais por meio da decisão declaratória do estado de coisas inconstitucional, como indicado por seus defensores, constitui uma ferramenta que serviria ao propósito de melhorar a qualidade da democracia, por meio da eficácia material dos direitos constitucionais. Nesse entendimento, nem todas as intervenções judiciais constituem intrusões ilegítimas nos poderes Legislativo ou Executivo; pelo contrário, é o pressuposto material do mandato de colaboração harmoniosa entre os poderes públicos. Diversamente dos outros julgamentos para a proteção dos direitos fundamentais, os julgamentos, decisões ou sentenças estruturais: (a) procuram pôr fim às violações generalizadas e sistemáticas de direitos que afetam um número plural de pessoas; (b) mostram que as causas que dão origem a essas situações surgem de bloqueios institucionais que impedem a capacidade corretiva do Estado; (c) apresenta as ordens judiciais que correspondem com questões complexas que não só são corretivas, mas também envolvem a concepção e implementação de políticas públicas; (d) na maioria dos casos, a aprovação desses julgamentos é acompanhadas de uma fase de acompanhamento e cumprimento da sentença.<sup>232</sup>

Com relação aos efeitos, impactos ou benefícios dessas decisões, a partir da importante decisão de tutela que declarou o estado de coisas inconstitucional<sup>233</sup> nos estabelecimentos prisionais em 1998,<sup>234</sup> a Corte Constitucional fez uso dela em pelo menos 13

<sup>232</sup> GUTIERREZ, Andrés Mauricio. **El amparo estructural de los Derechos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, p. 143. O autor define os julgamentos, decisões ou sentenças estruturais como “órdenes judiciales que disponen el diseño y la implementación de políticas públicas para asegurar la protección efectiva de los derechos de extensos grupos de ciudadanos”.

<sup>233</sup> A figura tem gênese na decisão: COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación SU- 559**. Magistrado(a) Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, 1997. Nessa ocasião, foi declarado um estado de coisas sobre a situação fiscal na educação, dada a distribuição desigual entre entidades territorialmente descentralizadas, como departamentos e municípios, relacionada à violação de direitos fundamentais que serve de apoio causal para situações semelhantes.

<sup>234</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-153**. Magistrado(a) Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, 1998. Igualmente, COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-606**. Magistrado(a) Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, 27 de outubro de 1998, sobre o estado de coisas inconstitucionais em saúde, assistência médica e fornecimento de medicamentos aos prisioneiros. Por sua vez, esse estado de coisas foi alterado: COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-388**. Magistrado(a) Ponente: Maria Victoria Calle Correa, 28 de junho de 2013; já em 2015, declarou-se outro novo estado de coisas sobre o assunto: COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-762**. Magistrado(a) Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, 16 de dezembro de 2015, sendo esta última uma reiteração do estado de crise. De acordo com Juan Sebastian Hernandez Moreno, a Corte, desde sua criação, distinguiu quatro etapas históricas da crise carcerária: “i) la época de asentamiento (1938- 1956); ii) la de desborde (1957-1975); iii) la de reposo (1976-1994); y iv) la de alarma (1995-1998, que se extiende hasta la actualidad)”. HERNÁNDEZ, Juan Sebastián. **La**

ocasiões.<sup>235</sup> Especificamente em relação à situação das prisões, à superlotação e às garantias sociais insatisfeitas dos presos, principalmente em assuntos relacionados à saúde, dois anos após a primeira declaratória, o Estado começou a implementar planos para expandir a infraestrutura, ocasionando numa redução progressiva da superlotação carcerária.

Não obstante esse progresso menor, a decisão declaratória foi prorrogada até quase 20 anos após a primeira sentença declaratória. Mesmo por meio de documentos de política pública, era notório que a expansão da infraestrutura tinha sido o único meio utilizado para superar o estado de coisas inconstitucional. Por outro lado, houve reações legislativas à questão das decisões declaratórias, entre elas, a Lei n° 1709 de 2014, que modificou a legislação penal para lidar com a situação de superlotação e procurou neutralizar os aumentos punitivos, ampliando as medidas alternativas de sentença. Com a introdução dessas medidas, as autoridades administrativas relataram uma redução significativa na população carcerária. Da mesma forma, a Lei n° 1760 de 2015, que modificou o prazo para as medidas de segurança; uma norma que, influenciada e criticada pelo populismo criminoso, se desviou de seu propósito inicial.

Essas tentativas, destinadas a superar o estado de coisas inconstitucional, continuam sendo dificultadas por políticas governamentais inconstitucionais, as quais, contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos, tentam, inclusive, levar a cabo iniciativas para aumentar as penas e incentivar a prisão perpétua por crimes sexuais, sequestro ou assassinato de menores.<sup>236</sup>

Assim como a Colômbia, o Brasil experimenta uma alta taxa de superlotação prisional, próxima a 70% acima dos limites máximos.<sup>237</sup> Motivo de preocupação crescente e constante, a questão levou o Supremo Tribunal Federal, em 2015, a utilizar a teoria do estado de coisas inconstitucional como um *ratio decidendi*. Numa espécie de importação da teoria pelo Supremo Tribunal Federal, ignorando os pressupostos jurídicos de cada sistema, o Supremo Tribunal Federal, na ocasião, além de ordenar aos juízes que motivassem adequadamente o

---

**paradoja punitiva.** Las medidas alternativas al encarcelamiento y la política criminal inflacionaria en Colombia. Bogotá D.C: DeJusticia, 2020, p. 58.

<sup>235</sup> OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Víctor (ed). **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.** La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. Bogotá D.C: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile- KAS. 2015, pp. 91-116.

<sup>236</sup> HERNÁNDEZ, Juan Sebastián. **La paradoja punitiva.** Las medidas alternativas al encarcelamiento y la política criminal inflacionaria en Colombia. Bogotá D.C: DeJusticia, 2020, p. 60-76, assim também, COLÔMBIA. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y social. **Documento CONPES 3828.** Política penitenciaria y carcelaria en Colombia, 19 de mayo de 2015.

<sup>237</sup> Segundo WORLD PRISION BRIEF. **World Prision Brief data.** Disponível em: < <https://www.prisonstudies.org/country/brazil>; no Brasil, em dezembro de 2019, a população carcerária total é de 755.274 pessoas, o que se traduz numa ocupação de 170,7%, ou 70,7% acima da capacidade máxima.

decreto das prisões provisórias, determinou à União alocar o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, aos propósitos inicialmente estabelecidos, abstendo-se de fazer novos contingenciamentos. Da mesma forma, a Administração Pública foi ordenada a realizar trabalhos de emergência ou reformas nas prisões para garantir os direitos fundamentais dos presos. No julgamento, como ficou evidente na votação do Ministro Barroso, foi expressa a necessidade de acompanhar e implementar e monitorar – em harmonia e assistência com os demais poderes, órgãos e pessoas afetadas– todas as medidas sugeridas pelo Supremo Tribunal Federal em vista do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.<sup>238</sup>

Entre os avanços e impactos gerados pela decisão declaratória de estado de coisas inconstitucional do sistema prisional no Brasil, a partir de 2015, destaca-se o adiamento da obrigação de realizar audiências de custódia, em proteção aos direitos das pessoas detidas em flagrante delito. Também, como reação legislativa à declaração, apresentou-se o Projeto de Lei nº 736 de 2015, arquivado ao final da legislatura. Ademais, o Executivo, por consequência das medidas da declaração, tentou proporcionar uma maior desburocratização na revisão dos valores do fundo aos Estados e a proibição do contingenciamento.<sup>239</sup>

Além do estado de coisas inconstitucional relacionado às violações maciças de direitos nas prisões e cadeias, outras falhas estruturais foram julgadas na Colômbia. Uma dessas sentenças estruturais, já mencionadas, tem relação com o deslocamento forçado – produto do conflito armado interno, que, desde 2004, constituiu a decisão mais importante e ambiciosa da história da Corte Constitucional. Nessa ocasião, foram identificadas mais de doze deficiências no sistema institucional de atendimento às vítimas de deslocamento. Algumas delas são: a insuficiente apropriação de recursos; a falta de coordenação na elaboração e implementação de

---

<sup>238</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 347. Relator. Min. Marco Aurélio, 27 de agosto de 2015. Assim também, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 580.252/MG. Relator. Min. Alexandre de Moraes, 2017, sobre a declaratória de responsabilidade civil do Estado por danos morais decorrentes da superlotação carcerária. Cfr. TAQUARY, Eneida Orbage de Britto; LEÃO, Wangle Samuel Costa. O diálogo entre Colômbia e Brasil sobre o “Estado de coisas inconstitucional”. **Rev. secr. Trib. perm. revis.** ano 7, n. 13; mar/ 2019; pp. 193-212. DOI: 10.16890/rstpr.a7.n13.p193; SOMBRA, Thiago Luís Santos. ADPF 347 and the “unconstitutional state of affairs” of Brazil’s prison system. **Joçaba**, v. 17, n. 2, p. 649-656, maio/ago. 2016. <http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i2.9764>; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. As condições das penitenciárias no Brasil e o Estado de coisas inconstitucional. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. Curitiba, v.2, n.2, pp. 578-600, jul/dez 2016; 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**. São Paulo, v. 15, n.2, 2019.DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>; KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 53, p. 147-181, jul./dez. 2018.

<sup>239</sup> 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**. São Paulo, v. 15, n.2, 2019.DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>.

políticas; a ausência de participação e planejamento de políticas públicas; a falta de mecanismos de gestão; etc. Da mesma forma, foram criados instrumentos *sui generis* para verificar o cumprimento da sentença dentro da própria Corte Constitucional, incluindo a apresentação de relatórios periódicos pelas autoridades administrativas, a criação de uma câmara de monitoramento especial e a realização de audiências públicas periódicas.<sup>240</sup>

Com relação à superação do estado de coisas inconstitucional sobre deslocamento forçado, dez anos após sua declaração a Corte Constitucional identificou progressos em termos de desbloqueio institucional da política sobre pessoas deslocadas pela violência, tais como um maior compromisso orçamentário por parte das entidades responsáveis e a visibilidade do problema por meio de sua consideração dentro da agenda pública. Dessa forma, a decisão também teve um efeito notável, embora parcial, sobre a democratização da questão, criando espaços para participação e controle. Em outras palavras, no âmbito de um constitucionalismo progressivo, a Corte Constitucional representou uma instância adequada para desvincular o funcionamento do Estado e para promover a proteção dos direitos.<sup>241</sup> Entre outras reações legislativas, foi emitida a Lei das Vítimas, n° 1448 de 2011. Salienta-se que uma das manifestações mais claras do problema e sua vontade de avançar politicamente foi a intenção entre o Governo e as FARC-EP de reverter os efeitos do conflito, restaurando as vítimas da desapropriação e do deslocamento forçado, no âmbito do Acordo de Paz de 2016.<sup>242</sup>

Outra falha estrutural relevante tem relação com o precário serviço de saúde oferecido na Colômbia. Por isso, em 2008 foi declarado o estado de coisas inconstitucional com o objetivo de emitir ordens judiciais a diferentes entidades e autoridades relacionadas à prestação de serviços de saúde, devido a deficiências regulatórias e aos obstáculos resultantes da aplicação do regime existente. A Corte Constitucional, analisando o déficit na sua garantia,

<sup>240</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-025**. Magistrado(a) Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, 22 de janeiro de 2004; OSUNA, Nestor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. *In*: BAZÁN, Víctor (ed). **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. Bogotá D.C: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile- KAS. 2015, pp. 91-116; RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. Los efectos del activismo judicial sobre los derechos sociales en el Sur Global. Un marco analítico. *In*: Juicio a la exclusión. **El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015, pp. 22-25, Disponível em: [http://www.dejusticia.org/files/r2\\_actividades\\_recursos/fi\\_name\\_recurso.758.pdf](http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.758.pdf). Acesso em: 15 de julho de 2020.

<sup>241</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Proceso de seguimiento 10 años de la Sentencia T-025 de 2004**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/Proceso%20de%20Seguimiento%2010%20a%C3%B1os.pdf>; Cfr. RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social**. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá D.C: Dejusticia, 2010, p. 276.

<sup>242</sup> COLÔMBIA. Mesa de Diálogo y Negociación de La Habana. **Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera**. 24 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.jep.gov.co/Normativa/Paginas/Acuerdo-Final.aspx> Acesso em: 15 de maio de 2020.



reconheceu um conteúdo subjetivo do direito à saúde, e, nesse entendimento, expediu ordens tanto para o Legislativo quanto para o Executivo.<sup>243</sup> Como aconteceu com a questão dos deslocados, a Corte Constitucional criou mecanismos de acompanhamento *sui generis*, entre os quais se destaca a Câmara Especial de Acompanhamento. Por sua vez, a Câmara emitiu um número considerável de ordens de seguimento, tanto específicas como genéricas, às ordens impostas na decisão. Publicou também mais de 30 relatórios periódicos sobre o progresso do julgamento. Finalmente, além das audiências públicas realizadas, a Câmara reconheceu a inclusão da sociedade civil como participantes e peritos em caráter voluntário, e ordenou e conduziu provas relacionadas ao depoimento das partes.

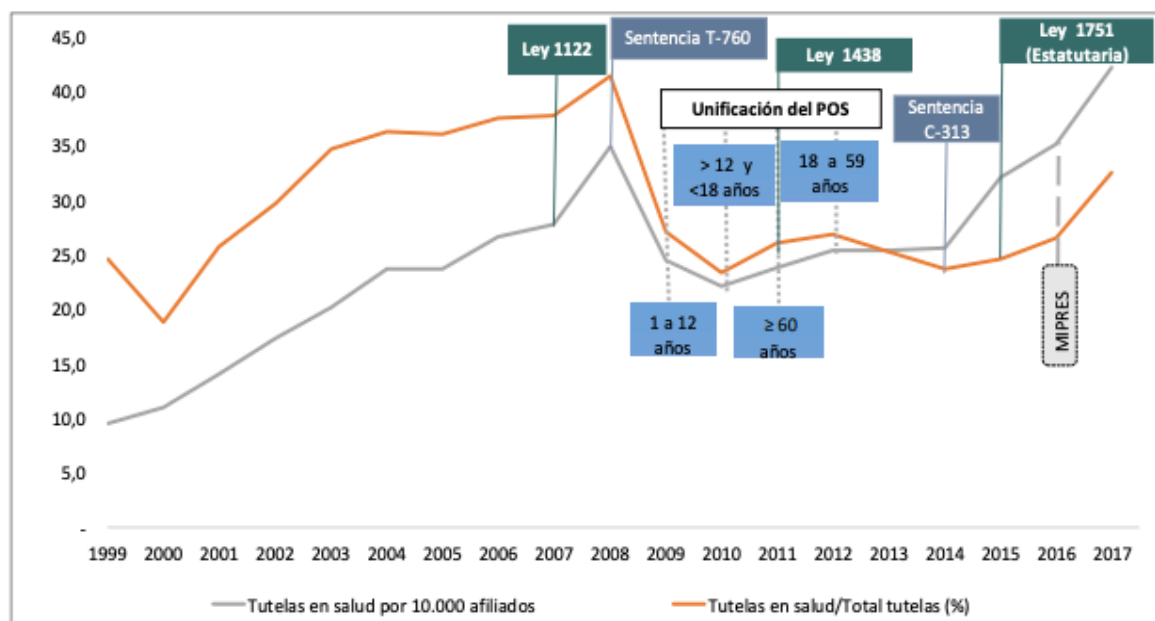
Segundo César Rodríguez Garavito, a partir da declaração do estado de coisas inconstitucional no que tange à saúde, a tendência histórica das ações de tutela em favor dos demandantes foi de 86%, o que faz da saúde uma espécie de "litígio de rotina".<sup>244</sup> Além disso, após 10 anos da decisão, importantes avanços são evidentes, principalmente no que diz respeito aos novos cenários na prestação do serviço público, tais como: a atualização periódica do plano de benefícios; a unificação desse plano; o aumento do valor da UPC (*unidad de pago por capitación*) do regime subsidiado, em sua busca de convergência com o regime contributivo; o pagamento das indenizações represadas à expedição da Sentença; e o controle dos preços dos medicamentos. Assinala-se que a partir da decisão estrutural houve uma notável redução no número total de proteções sanitárias, mas que, infelizmente, não tem sido uma constante (Gráfico 3).<sup>245</sup>

### Gráfico 3. Colombia: tutelas em saúde, 1999-2017

<sup>243</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-760**. Magistrado(a) Ponente: Manuel José Cepeda Espinoza, 31 de julho de 2008. Cfr. OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Víctor (ed). **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. Bogotá D.C: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile- KAS. 2015, pp. 91-116.

<sup>244</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, César. La judicialización de los derechos: el caso de la salud. In: BERNAL, Ó. y GUTIÉRREZ, C. (eds.). **La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones**. Bogotá: Universidad de los Andes, 2012, pp. 507-560.

<sup>245</sup> GES. La Sentencia T-760: ¿Qué ha pasado después de 10 años? **Observador del GES**. Medellín: Universidad de Antioquia.



Fonte: Defensoría del Pueblo de Colombia, 2018; GES, 2018.

Assim, a partir da declaração do estado de coisas inconstitucional em matéria de saúde, foram apresentadas reações legislativas sobre a partir de 2008. Foi aprovada a Lei n° 1438 de 2011, que reformou o Sistema Geral de Previdência Social para a Saúde e outras disposições e a Lei Orgânica n° 1751 de 2015, que regulamentou o direito fundamental à saúde.

Por fim, o progresso na área de proteção estrutural tem sido lento e gradativo, apesar da urgência que as questões ainda merecem; não se rejeita, todavia, todo o esforço que tem sido feito pela jurisdição constitucional, tanto pela Corte Constitucional, com questões relacionadas ao deslocamento, saúde e dignidade humana nas prisões, quanto pelo Supremo Tribunal Federal, com a situação agravante de violação dos direitos fundamentais dos cidadãos nas prisões, que como todas as pessoas, beneficiárias de um regime constitucional, merecem ter garantidas as condições de dignidade humana.

### Capítulo 3. Os declínios do exercício da jurisdição constitucional na Colômbia e no Brasil

Este capítulo formula três premissas ou estratégias de embarque para comparar os dois sistemas com relação aos declínios do exercício da jurisdição constitucional na Colômbia e no Brasil: (3.1) Democracia vs. Constitucionalismo: do argumento da “grave lesão do principio democrático” à “compatibilidade” com a democracia? (3.2.) A promoção de um

“constitucionalismo de encantamento” nos tribunais constitucionais; (3.3) Comportamento judicial solipsista: os juízes contra a Constituição e a atuação da jurisdição constitucional sob o leque da moralidade subjetiva.

### **3.1. Democracia vs. Constitucionalismo: do argumento da “grave lesão do princípio democrático” à “compatibilidade” com a democracia?**

Conforme visto nos capítulos anteriores, a tensão inevitável entre democracia e constitucionalismo, democracia e Constituição ou democracia e direitos fundamentais não tem sido pacífica.<sup>246</sup> A experiência francesa prova isso quando, nas Assembleias Constituintes do período revolucionário, existiam e se materializavam suspeitas contra a institucionalização de uma justiça constitucional em detrimento dos poderes políticos, o que constitui um grave prejuízo ao princípio democrático. Apesar dessa tensão, as conquistas e os avanços da jurisdição constitucional, na Colômbia e no Brasil, foram amparados por Constituições produto de práticas políticas traduzidas em ações.<sup>247</sup>

As ações do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional têm se enquadrado no reconhecimento de uma “superioridade epistêmica” do processo democrático e das condições positivas que deve cumprir. Em outras palavras, a intervenção da justiça constitucional permite que as decisões democráticas sejam epistemicamente confiáveis e eficazes,<sup>248</sup> ou, pelo menos, é o que se quer ou se pretende. Nesse entendimento, o constitucionalismo é compatível com a democracia e com o controle do procedimento democrático.

Essa tensão assumiu diferentes compreensões. Juan Carlos Bayón, por exemplo, identifica que a objeção assume duas formas fundamentais. Por um lado, a da primazia constitucional, na qual se argumenta que, se a democracia é o método de decisão por maioria, a primazia da Constituição implica restrições a essa decisão majoritária. Por outro lado, é reconhecida a legitimidade que juízes não representativos ou politicamente responsáveis têm para invalidar decisões de um legislador democrático. Segundo Bayón, essa tensão é evidente

<sup>246</sup> Segundo Antoni Abat Ninet, “*constitutional law and Democracy are two domains that are inevitable in tension*”. ABAT NINET, Antoni. The inexorableness of constitutional amendments and its democratic potentiality. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 689-705, set./dez. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i3.73540.

<sup>247</sup> PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, v. 13, n. 26, 2011, p. 151.

<sup>248</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa editorial, 2003, pp. 13-20.

e a solução à primeira vista dependerá do próprio significado de democracia. Sobre esse argumento, se a decisão mais fundamental do Constituinte é democrática e corresponde à Constituição, quando o juiz invalida a lei ele se limita a fazer cumprir essa decisão fundamental. Em suma, parece natural que o constitucionalismo sirva de remédio para afastar o perigo representado pela decisão da maioria de oprimir a minoria.<sup>249</sup>

Por sua vez, Zagrebelsky alerta que é necessário que a Constituição seja concebida como um contexto aberto de elementos, determinados por circunstâncias históricas e concretas, contendo princípios substantivos compatíveis com o pluralismo, com a liberdade da dinâmica política e com o respeito à concorrência entre propostas alternativas, que, dentro dos limites permitidos por essas circunstâncias, permitem ao legislador agir. É assim que a Constituição se identifica com a democracia e os juízes não podem ir contra esse princípio, pois configuraria uma atitude soberba, uma “asfixia política por saturação jurídica”. Segundo seu entendimento, o exercício da democracia política – legislativa e executiva – deve resignar-se a ver suas normas como “partes” e não como “o todo” do Direito. Os juízes constitucionais podem contribuir politicamente para a formação do sistema jurídico, garantir a necessária e dúctil convivência entre a justiça e o Direito.<sup>250</sup>

Segundo Robert Alexy, existem três teorias que identificam essa tensão e/ou relação: ingênua, idealista e realista. Se para a teoria ingênua não há disputa na relação entre direitos fundamentais e democracia, na teoria idealista a salvaguarda dos direitos fundamentais sempre constitui uma motivação política efetiva. Por sua vez, a teoria realista permite justificar ou dar um alívio a essa tensão. A teoria realista indica que os direitos fundamentais apresentam um problema: embora sejam democráticos, são antidemocráticos. Assim, em defesa desses direitos, e como forma plausível de dar solução a esse problema, defende-se um processo democrático ilimitado, com controle dos tribunais constitucionais sobre o quão tirânico esse processo pode ser, sempre com base na argumentação.<sup>251</sup>

---

<sup>249</sup> A ideia de Bayón se estenderia não apenas ao simples exercício da invalidez, mas ao controle interpretativo para a proteção dos direitos fundamentais nos tribunais, conforme explicitado no capítulo 1 deste trabalho. BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, democracia y Constitución*. In: CARBONELL, Miguel (ed). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003, pp. 211-238.

<sup>250</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. 10ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011, pp. 147-150.

<sup>251</sup> Segundo o autor, “*el punto de partida lo constituye el examen de lo que son los derechos fundamentales, cuya importancia es tal que la decisión sobre su protección o no, no puede confiarse a la mayoría parlamentaria simple*”. Alexy defende uma representação argumentativa dos cidadãos em oposição à sua representação política. Segundo seus critérios, quando triunfa a representação argumentativa, triunfa a reconciliação. ALEXY, Robert. *Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*. In: CARBONELL, Miguel (ed). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003, pp. 31-48.

Com uma posição menos otimista para encontrar uma solução ou caminho compatível para essa tensão, Jeremy Waldron, crítico da possibilidade de os juízes constitucionais deterem a última palavra sobre a interpretação jurídica, enfatiza cuidadosamente que se deve suspeitar e desconfiar do constitucionalismo, em geral, e do controle judicial, em particular. Em sua opinião, é defensável um controle para o cumprimento das promessas democráticas, bem como um caráter estrito da Constituição – pois por meio dela confere poderes a quem não o teria de outra forma. No entanto, ele ataca o argumento do medo da tirania legislativa, fazendo distinção entre "decisão" e "interesses" no jogo democrático.

Quando interesses particulares e preconceituosos superam a decisão racional, ou seja, quando afastam grupos historicamente discriminados ao invés de se optar pelo controle judicial, uma avaliação na distribuição dos danos seria mais adequada, pois é mais fácil afastar legisladores do que juízes preconceituosos. Waldron é cético em relação ao diálogo, porque, segundo ele, sob um modelo de controle de constitucionalidade forte os juízes “têm toda a vantagem”, o que não acontece em sistemas de controle fracos como no Canadá, Reino Unido e Nova Zelândia.<sup>252</sup> Propõe que o papel dos juízes seja o de focar em abusos particulares e não "embarcar" na defesa abrangente de um programa constitucional coerente, que não abraça a ideia de um constitucionalismo dinâmico adaptável a qualquer nova circunstância.<sup>253</sup> O problema, dentre outros, que Waldron não parece denotar é que a maioria das questões jurídicas são constitucionalizadas e a necessidade de enfocarem abusos específicos ou particulares nasce do risco da exclusiva proteção subjetiva de direitos, assunto que será retomado na próxima seção.

Pelas perspectivas teóricas apresentadas, percebe-se que alguns autores encontram esperança na tensão entre constitucionalismo e democracia, às vezes no exercício hermenêutico, às vezes na construção conjunta do Direito ou na valorização do Constituinte primário como habilitador da função judicial constitucional. Por sua vez, posições como a de Waldron mantêm essa tensão baseada, entre outras coisas, na identificação de uma assimetria entre supremacia

---

<sup>252</sup> No caso da Nova Zelândia, “*los jueces no pueden invalidar una ley, pero si pueden interpretarla de modo compartible con la Declaración de Derechos de 1990*”; no caso britânico, “*un número limitado de tribunales puede emitir una declaración de incompatibilidad, sin efectos legales para el caso, pero con el posible efecto de iniciar un diálogo político*”. Finalmente, para o caso canadense, a Carta Canadense de Direitos e Liberdades, “*permite que el parlamento nacional o una legislatura provincial insistan en una ley*”. WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI, 2018, pp. 19-21.

<sup>253</sup> WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI, 2018, pp. 14-22.

judicial e sistemas de supremacia. No entanto, o ceticismo de seu trabalho não é conclusivo, apenas sugestivo.<sup>254</sup>

A tensão entre democracia e constitucionalismo, isto é, reconhecer ou identificar se determinada decisão judicial constitucional é compatível com a democracia ou constitui uma lesão grave ao princípio democrático, é uma questão que parece ir além da complexa extensão, ingerência ou atribuição de competências que constitucionalmente não foram atribuídas aos tribunais constitucionais, pois muitas dessas competências foram estruturadas com base na sua função de defensor ou guardião da Constituição. Na realidade, a tensão envolve também questões de natureza ambiciosa - tanto da Constituição de 1988 no Brasil, quanto da Constituição de 1991 na Colômbia -; assim como da politização desses tribunais constitucionais, a sua vaidade e a sobreposição de funções.

Parte-se do argumento segundo o qual não convém desconhecer o papel da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal no jogo democrático, que representa uma instituição fundamental por determinação constitucional, cuja intervenção se justificou nos termos propostos ao longo deste trabalho, que além de ser objeto de tensão, integra-se ao papel democrático. A partir daí, além de determinar o vencedor na tensão democracia versus constitucionalismo, é importante investigar o papel da justiça constitucional para a democratização almejada nas Constituições de 1988 e 1991. Algumas questões são objeto desta seção, e serão desenvolvidas ao longo do capítulo.

(i) O caráter ambicioso das Constituições de 1988 e 1991, bem como a politização do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional, correspondem a questões cuja análise vão além do que se pretende neste capítulo. Essa natureza ambiciosa significa que os juízes constitucionais “podem” deliberar acima de tudo. Quando a Assembleia Constituinte transcendeu e regulamentou, de forma detalhada e obsessiva, as questões econômicas, sociais, ambientais e culturais, a maioria dos problemas foram identificados como constitucionais. Malgrado essas matérias sejam objeto de deliberação legislativa, sua defesa através de mecanismos judiciais permitiu-lhes um novo entendimento, a partir da justiça.<sup>255</sup> Essa realidade constitucional implica também uma realidade política diante dos tribunais constitucionais, principalmente do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional.

---

<sup>254</sup> WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI, 2018, pp. 236-237.

<sup>255</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos poderes**: São Paulo: Companhia das Letras, 2018, pp. 166-170. As ideias propostas pelo autor para o caso brasileiro são extensíveis para o caso colombiano.

A politização, seja ela funcionalista,<sup>256</sup> centrada nos direitos,<sup>257</sup> institucionalista<sup>258</sup> ou centrada no tribunal,<sup>259</sup> está grandemente espalhada, como observam-se em processos e resultados eleitorais e em questões de justiça restaurativa, identidade coletiva e construção da nação.<sup>260</sup> Nesse sentido, atribuindo suas causas a fatores já apresentados, a relação entre política e justiça constitucional é inseparável ora da própria ideologia dos juízes, ora da postura progressista ou conservadora das decisões, ou pelo conteúdo do assunto sobre o qual se vai decidir.

Na atualidade, percebe-se que a crítica que se baseia no fato de juízes constitucionais não poderem conhecer matéria de conteúdo político vem perdendo validade, não só pela popularidade de algumas decisões, avanços e triunfos de setores tradicionalmente discriminados, mas também porque, constitucionalmente, tanto a Corte Constitucional como o Supremo Tribunal Federal vêm desempenhando funções importantes. O validado, então, consiste numa expansão da politização centrada no próprio tribunal; tal expansão beneficia-se de um quadro institucional favorável, um Judiciário relativamente autônomo e um ambiente político amplamente bem recebido.<sup>261</sup> Os juízes parecem perceber a si mesmo como heróis, imaculados, socialmente aceitos e sem qualquer tipo de fraqueza. A justiça constitucional então, apesar de suas virtudes, torna-se arrogante no seu exercício hermenêutico.

A justiça constitucional nem sempre atua como adversária apolítica do exercício do controle, precisamente porque sua escolha é política e muitas de suas decisões têm conteúdo

---

<sup>256</sup> De acordo com a abordagem *funcionalista*, os poderes judiciais independentes e ativos, competentes para o controle de constitucionalidade, são necessários para o monitoramento eficiente do Estado administrativo em constante expansão. Nesse monitoramento, o Judiciário também está inserido numa sociedade moderna complexa e contingente, a par de um moderno Estado de bem-estar com inúmeros órgãos, no qual atua e faz políticas. HIRSCHL, Ran. The judicialization of Mega-politics and the rise of political courts. **Ann. Rev. Polit. Sci.** 2008. 11: 93-118, DOI: 10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906, pp. 20-21.

<sup>257</sup> De acordo com a abordagem *centrada nos direitos*, a judicialização ocorre “a partir de baixo”. Ou seja, as instituições judiciais são percebidas pelos movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos como órgãos de decisão. É baseada no contraste entre a abertura e a integridade do processo e a corruptibilidade da negociação política. HIRSCHL, Ran. The judicialization of Mega-politics and the rise of political courts. **Ann. Rev. Polit. Sci.** 2008. 11: 93-118, DOI: 10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906, pp. 21.

<sup>258</sup> Segundo a abordagem *institucionalista*, as instituições são favoráveis à judicialização; nessa perspectiva, a proliferação da democracia é uma das principais causas da judicialização e da expansão do judiciário. Quanto maior a democracia, maior o número de tribunais. HIRSCHL, Ran. The judicialization of Mega-politics and the rise of political courts. **Ann. Rev. Polit. Sci.** 2008. 11: 93-118, DOI: 10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906, p. 22.

<sup>259</sup> De acordo com a abordagem da politização *centrada no próprio tribunal*, os tribunais e os juízes são o principal motor da expansão judicial, visto que se tornam demasiado envolvidos na tomada de decisões morais e políticas, ignorando os princípios da separação de poderes e da governação democrática. HIRSCHL, Ran. The judicialization of Mega-politics and the rise of political courts. **Ann. Rev. Polit. Sci.** 2008. 11: 93-118, DOI: 10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906, p. 24.

<sup>260</sup> HIRSCHL, Ran. The judicialization of Mega-politics and the rise of political courts. **Ann. Rev. Polit. Sci.** 2008. 11: 93-118, DOI: 10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906, p. 34.

<sup>261</sup> HIRSCHL, Ran. The judicialization of Mega-politics and the rise of political courts. **Ann. Rev. Polit. Sci.** 2008. 11: 93-118, DOI: 10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906, pp. 35-36.

com efeitos políticos. Assim, encontram-se cenários nos quais o controlador é simplesmente um defensor da maioria ilimitada e tirânica.<sup>262</sup>

Por outro lado, como aponta Conrado Hübner Mendes, apesar da "objeção democrática" ao fato de o Judiciário poder anular atos políticos (o que constitui um dos mais fixos padrões da teoria constitucional com ressonância e peso em cada jurisdição), esta é uma prática que inevitavelmente acompanha os tribunais constitucionais.<sup>263</sup>

Conforme apresentado, a oposição à falta de legitimidade política das decisões dos tribunais constitucionais parece, na prática, não ter muita ressonância. No entanto, esse conformismo com a democracia não significa que ela seja sempre compatível. O fato da Corte Constitucional ou do Supremo Tribunal Federal terem se debruçado mais sobre matérias que representam conquistas na luta das minorias e na garantia e no reconhecimento dos seus direitos (inerentemente políticos e constitucionais) do que o legislador, não implica que o juiz, quando decide com postura constitucional deferente ou progressista, também não assuma uma posição ideológica do ponto de vista político.

No entanto, não se pode ser absoluto quando se afirma que toda decisão com conteúdo político ou de exercício político, sendo objeto de controle de constitucionalidade, é decidida com os ideais democráticos constitucionais. O Supremo Tribunal Federal, para ilustrar alguns casos, declarou-se poder constituinte permanente, o que equivale dizer que o Supremo Tribunal Federal é “copartícipe”, junto com a Constituição Federal de 1988, na definição das estruturas básicas do ordenamento jurídico, inclusive sobre seu próprio poder.<sup>264</sup> Em outros casos, indicou que a interpretação constitucional corresponde a um instrumento adequado para realizar a mutação constitucional. Em relação com o processo de reconhecimento de terras

<sup>262</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*. **UC Davis Law Review**. Public Law Research Paper No. 907, 1313, 2020, p. 1319-1320. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em 23 de novembro de 2020. Os autores destacam como, em países como Venezuela, Hungria e Turquia, os tribunais têm sido pressionados a interpretar a Constituição de um modo que reduza a força das constituições democráticas. Da mesma forma, na Polônia, a mudança constitucional autoritária foi marcada pelo controle do governo sobre o judiciário. Para o caso específico da Hungria e da Polónia, veja também DRINÓCZI, Tímea; BIÉN-KACALA, Agnieszka. *Ilberal constitutionalism in Hungary and Poland: The case of judicialization of politics*. In BIÉN-KACALA, Agnieszka, *et. al. Liberal constitutionalism- between individual and collective interest*. Torún: Wydział Prawa i Administracji/ Faculty of Law and Administration, pp. 73- 108, 2017. As autoras destacam como as mudanças inconstitucionais foram apresentadas com base em práticas constitucionais abusivas, enfraquecendo os tribunais e outras instituições independentes.

<sup>263</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 224.

<sup>264</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988*. **Revista Direito GV**. São Paulo, v.12, n.12, p. 405-440, mai./ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201617>. O autor identifica essa questão com base em algumas decisões do Ministro Celso de Mello, especificamente, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**, n. 91.361, Relator. Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de setembro de 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 3.345. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 25 de agosto de 2005.



indígenas, a tese de que para que o marco temporal da Constituição de 1988 passe a valer em demarcações é necessária a presença física para a garantia do direito indígena à terra, foi inventada pelo Supremo Tribunal Federal. Sem contar o número de decisões monocráticas proferidas nesse caso, essa decisão além de criativa – no sentido negativo da palavra – tem afetado a identidade dos povos indígenas. Ao invés de corrigir essa decisão, o Supremo Tribunal Federal optou por tirar o caso da agenda institucional gerando assim o acirramento de conflitos fundiários e violência.<sup>265</sup> Essa autodeclaração corresponde a uma grave lesão ao princípio democrático, vai contra a existência de um núcleo intangível da Constituição que permite o desenvolvimento e concretização dos conteúdos constitucionais.<sup>266</sup>

Na Colômbia, essa capacidade “inovadora” também vem sendo manifestada pela Corte Constitucional. A despeito do artigo 241 da Constituição, no qual se estabelece que a Corte Constitucional só é competente para decidir da constitucionalidade dos atos de mudança da Constituição em virtude de vícios processuais na sua formação, seu entendimento tem sido sujeito a variabilidade e a diversas interpretações.

Desde 1998<sup>267</sup> ficou estabelecido que o controle de constitucionalidade das mudanças constitucionais recai apenas sobre o procedimento de mudança e não sobre o conteúdo material da emenda constitucional.<sup>268</sup> Em 2003, procurou rever as falhas processuais e suas complexidades dentro da mudança, e determinou que essas falhas de concorrência têm duas projeções: no conteúdo material e no procedimento. Assim, para que um ato jurídico seja válido, a autoridade deve ter competência para ditar o conteúdo normativo. Dessa forma, entende-se que o controle de constitucionalidade dos atos de mudança da Constituição deve ser materialmente valorizado no que se refere à emissão e à competência dos órgãos que tramitaram a mudança. Ou seja, embora haja um formalismo em relação à competência, eles devem ser considerados na revisão constitucional.<sup>269</sup>

---

<sup>265</sup> MENDES, Conrado Hübner. Devo, não nego, julgo quando quiser. **Folha de São Paulo**, 27 de outubro de 2020, Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/10/devo-nao-nego-julgo-quando-quiser.shtml>.

<sup>266</sup> SALGADO, Eneida Desiree. Os limites explícitos e implícitos aos processos formais e informais de mudança da Constituição: ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 159-176, abr./jun. 2012.

<sup>267</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-543**. Magistrado(a) Ponente: Carlos Gaviria Díaz, 1 de outubro de 1998. Nesse sentido também, COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-487**. Magistrado(a) Ponente: Álvaro Tafur Galvis, 26 de junho de 2002.

<sup>268</sup> No Brasil, o termo adequado para o ato material de mudança constitucional é “emenda”. Na Colômbia, entende-se comumente “acto legislativo”. No entanto, para a uniformidade do escrito se padronizou emenda.

<sup>269</sup> RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo. A partir de la jurisprudencia establecida en la sentencia C-551 de 2003. **Revista Derecho del Estado**, n. 18, junho, 2006; DE LA CALLE, Humberto. Sustitución de la Constitución y límites al poder de reforma. **Legis jurídico. Análisis**. 21 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/sustitucion-de-la-constitucion-y-limites-al-poder-de-reforma>.

Apesar disso, é importante sublinhar que existem elementos básicos ou fundamentos essenciais da Constituição que são insubstituíveis. Daí que, no caso de mudança constitucional (como no caso de um processo formal de modificação da Constituição, tal como uma emenda), não se admite a chamada “*Sustitución de la Constitución*”<sup>270</sup> – seja total ou parcial – com o objetivo de evitar a desnaturação ou desequilíbrio da estrutura constitucional. Assim, qualquer demanda que exija a “*Sustitución de la Constitución*”, ou melhor, que vise à declaração de inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, deve ser concreta e clara, não genérica. Segundo Humberto de la Calle, embora a Constituição não expresse em lugar nenhum a “*Sustitución de la Constitución*”, sua invocação na hermenêutica constitucional responde à necessidade de proteção integral da Constituição. O problema reside então na seguinte questão: quais são os elementos básicos ou fundamentos essenciais da Constituição que são insubstituíveis?

A solução não tem sido pacífica. Desde 2004, diante de novas denúncias de suposta “*Sustitución de la Constitución*”, a Corte Constitucional aborda pela primeira vez a questão da revisão substantiva das emendas constitucionais. Nesse ano, cede à ideia de substituição (“*sustitución*”) e equipara a possibilidade de mudança constitucional à necessidade de acomodar a Constituição às novas realidades políticas e sociais. Ou seja, a Corte Constitucional, através do exercício hermenêutico, autorizou a alteração de princípios constitucionais, mas não sua substituição. A Corte Constitucional deixou de lado uma contextualização objetiva do problema relacionado com as repercussões da incorporação de uma prática reiterada de atribuição de poderes extraordinários ao Executivo com base numa mudança transitória, dando origem a um subjetivismo judicial para aprovar uma mudança abertamente inconstitucional.<sup>271</sup>

Já em 2010, conforme já explanado, o julgamento de “*Sustitución de la Constitución*” assumiu um papel relevante, pois foi alvo de uma decisão que aqui se defendeu

---

<sup>270</sup> A doutrina da “*Sustitución*” da Constituição é própria da Corte Constitucional colombiana. Muito embora vá ser explanado mais para frente, para o Direito Constitucional brasileiro a doutrina poderia ser entendida da seguinte forma: caso através de emendas constitucionais (como um processo formal de modificação da Constituição) a Constituição sofra modificações importantes que alterem os princípios básicos da Constituição e a conformação do Estado, a Corte Constitucional, através do controle de constitucionalidade, realiza uma interpretação para verificar se essas modificações substituíram a Constituição, ou seja, se a Constituição foi desnaturalizada. Este tipo de interpretação jurisprudencial ganha especial relevância e debate na Colômbia, uma vez que a Constituição não consagrou nenhuma cláusula pétrea, ao contrário da Constituição de 1988 no Brasil.

<sup>271</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-971**. Magistrado(a) Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, 7 de outubro de 2004. Analisada também por, RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo. A partir de la jurisprudencia establecida en la sentencia C-551 de 2003. **Revista Derecho del Estado**, n. 18, junho, 2006. Ver também, DE LA CALLE, Humberto. Sustitución de la Constitución y límites al poder de reforma. **Legis jurídico. Análisis**. 21 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/sustitucion-de-la-constitucion-y-limites-al-poder-de-reforma>.

como estabilizadora do sistema democrático e como limite à erosão democrática. Nesse ano, o governo convocou um referendo constitucional que submetia à consideração do público um projeto de mudança constitucional que contemplava a possibilidade de reeleição presidencial pela segunda vez. Segundo a Corte Constitucional, após análise da formação, financiamento e atuação da comissão promotora da iniciativa, da tramitação do projeto de mudança no Congresso e da existência ou não de vícios materiais ou de “*Sustitución de la Constitución*”,<sup>272</sup> constatou-se que as modificações propostas no referendo tinham o potencial de modificar os eixos substanciais e estruturais da Constituição de 1991.<sup>273</sup>

Embora a decisão tenha sido acertada do ponto de vista da estabilização do sistema democrático, a teoria da “*Sustitución de la Constitución*” aplicada nesse caso não é aplicável a todos os casos de forma geral e absoluta, pois depende do caso concreto, onde sua construção será gradativa. Contudo, o cenário atual parece ser de insegurança jurídica em face à abstração do julgamento e ao grau de precisão dos princípios insubstituíveis da Constituição.<sup>274</sup>

Da mesma forma, essa insegurança envolve também uma mudança radical e profunda no conceito de constituição material, levanta uma distinção artificial entre as diferentes formas de mudança constitucional<sup>275</sup> e desconhece que a Constituição não impôs limites de competência à reforma, bem como que não são estabelecidas proibições temáticas sobre o assunto.<sup>276</sup>

Dentro dos temas voltados à mudança constitucional, as “cláusulas pétreas” possuem uma especial relevância. Na Colômbia é comum o argumento da “aparente” inexistência de cláusulas pétreas,<sup>277</sup> ao passo que no Brasil, a Constituição de 1988 as consagrou

---

<sup>272</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-141**. Magistrado(a) Ponente: Humberto Sierra Porto, 26 de fevereiro de 2010; SIERRA PORTO, Humberto Antonio. La jurisdicción constitucional de la libertad en Colombia. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Fuerza Normativa de la Constitución. Uruguay: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile – Konrad-Adenauer, 2011, pp. 69-76.

<sup>273</sup> Como visto anteriormente: ROBLEDO SILVA, Paula. ROA, Jorge Ernesto. La jurisprudência de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los Derechos de las Mujeres y los debates comunes a Colombia y España. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. n. 15, Madrid, 2011, pp. 643-676. Robledo e Roa analisam que o julgamento de substituição dependerá de cada caso específico e opera apenas quando se pretende mudar a Constituição por ato legislativo e por referendo.

<sup>274</sup> ROBLEDO SILVA, Paula. ROA, Jorge Ernesto. La jurisprudência de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los Derechos de las Mujeres y los debates comunes a Colombia y España. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. n. 15, Madrid, 2011, pp. 648-649.

<sup>275</sup> Salvamento de voto do Relator(a): Humberto Sierra Porto. COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-141**. Magistrado(a) Ponente: Humberto Sierra Porto, 26 de fevereiro de 2010.

<sup>276</sup> Salvamento de voto do magistrado Mauricio Gonzalez Cuervo COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-141**. Magistrado(a) Ponente: Humberto Sierra Porto, 26 de fevereiro de 2010.

<sup>277</sup> A Constituição da Colômbia, ao contrário da do Brasil, não estabelece literalmente a existência de cláusulas pétreas. No entanto, a Corte em diversos pronunciamentos tem indicado que essas cláusulas correspondem aos princípios essenciais que constituem a identidade material axiológica da Constituição. Da mesma forma, “absolutizou” direitos como a dignidade humana, o direito à vida e à liberdade. COLÔMBIA. Corte

explicitamente. Porém, a interpretação do julgamento do controle de constitucionalidade de uma emenda constitucional pela violação de qualquer cláusula pétrea, segundo Eneida Desiree Salgado, não tem sido objeto de consenso.<sup>278</sup>

Além das questões relacionadas às mudanças constitucionais, o controle e revisão de assuntos eleitorais chama a atenção do ponto de vista do conteúdo ou impacto político das decisões. O Supremo Tribunal Federal, invocando o princípio da igualdade, realizou um exercício hermenêutico que resultou na interpretação da invalidação de regras fundamentais sobre o financiamento eleitoral e o aniquilamento das minorias políticas.<sup>279</sup>

De outra parte, com base num legado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal da década de 1980, relacionada ao controle e monitoramento do processo legislativo, práticas têm sido evidenciadas pelos parlamentares para obter benefícios políticos através de decisões do Supremo Tribunal Federal, contribuindo assim para a consolidação de uma variação no comportamento decisório jurisprudencial anunciado.<sup>280</sup> Embora seja desejável um controle

---

Constitucional. **Sentencia de constitucionalidad C-114**. Magistrado(a) Ponente: Humberto Sierra Porto, 5 de fevereiro de 2005. Por outro lado, reiterou a inexistência dessas cláusulas, bem como dos limites implícitos ao poder de reforma. COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de constitucionalidad C-702**. Magistrado(a) Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 6 de setembro de 2010. Como todo o posicionamento mais recente, concentra-se no fato de que não existem cláusulas pétreas ou imutáveis, mas existem alguns limites implícitos ao poder de reforma, que constituem eixos definidores que conferem identidade à Constituição. COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de constitucionalidad C-027**. Magistrado(a) Ponente: José Fernando Reyes Cuartas, 18 de abril de 2018.

<sup>278</sup> “*Esse consenso já não existe no que diz respeito ao controle por violação a cláusula pétrea, já que alguns dos integrantes da Corte, a exemplo de Rosa Weber, Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso, entendem o que examinar a eventual ofensa ao art. 60, § 4, da CRFB exigiria um juízo de valor sobre o conteúdo da proposta de emenda*”. SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. Controle judicial do processo legislativo: do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 79-104, out./dez. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril\\_v56\\_n224\\_p79](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p79)

<sup>279</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4.650. Relator. Min. Luiz Fux, Brasília, 24 de fevereiro de 2016. A decisão do Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial do modelo de financiamento político, que combinava capital público com capital privado, seja de pessoas físicas ou jurídicas. Indicaram que as contribuições de pessoas jurídicas eram contrárias ao princípio da igualdade. Em sentido semelhante, encontra-se o julgamento sobre a propaganda eleitoral, que foi objeto de debate em cinco ações diretas de inconstitucionalidade. “*ADIs 5423, 5487, 5488, 5491 y 5577*”, na ocasião, o Supremo, sem critérios razoáveis, indicou que apenas candidatos pertencentes a partidos políticos com mais de nove deputados poderiam participar dos debates das emissoras. A análise dessas decisões pode ser vista em SALGADO, Eneida Desiree; ARCEGAS, João Victor. El poder judicial como protagonista en la definición de las reglas de la competición electoral. **Cuestiones Constitucionales**. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. n. 39, jul./dez. 2018.

<sup>280</sup> Segundo Diego Werneck Arguelhes, “*foram também sucessivos presidentes, deputados e senadores que, de 1988 para cá, alimentaram o poder do Supremo por recorrerem a ele. A cada ADIn proposta após serem derrotados no Congresso, partidos e parlamentares da oposição — quem quer que seja a oposição da vez — confirmam e aumentam a autoridade do STF*”. Para o autor, o ativismo do Supremo é construído politicamente, seu processo de formação depende de condutas políticas favoráveis. ARGUELHES, Diego Werneck. O supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 250, 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4107>. P. 6; ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Courts as the first and only legislative chambers? The Brazilian Supreme Court and the legalization of same-sex marriage. **Verfassung in Recht und Übersee VRÜ**, v. 50, n. 3, 2017, p. 260-278. DOI: 10.5771/0506-7286-2017-3-281.

judicial preventivo do processo legislativo, o Supremo Tribunal Federal tem silenciado e/ou limitado a possibilidade de exercício do direito subjetivo dos cidadãos de proteger os postulados constitucionais referentes ao processo legislativo, limitando o exercício do direito de ação apenas aos parlamentares.<sup>281</sup>

(ii) A tensão também se refere à “vaidade” da justiça constitucional protegida pela independência judicial. Essa vaidade é geralmente discutida quando se sugere que a Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, os ministros ou os magistrados são tirânicos, ilimitados e populistas no exercício das suas funções constitucionais. Esse tema será retomado na última seção deste capítulo. Por agora é suficiente observar que, em princípio, segundo Robert Lösing, o desejável é que a própria consciência do juiz o ajude a manter sua independência, apesar das pressões políticas ou da opinião pública.<sup>282</sup> No entanto, dado o quão refutável é essa crença, a independência judicial garantida nas Constituições de 1991<sup>283</sup> e 1988<sup>284</sup>, além de material através de deliberação judicial,<sup>285</sup> baseada em pressupostos de

---

<sup>281</sup> Sobre o particular, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança MS**, n. 23.087. Relator: Min. Celso de Mello, 30 de junho de 2008. E a análise de SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. Controle judicial do processo legislativo: do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 79-104, out./dez. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril\\_v56\\_n224\\_p79](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p79); ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**. São Paulo, v.12, n.12, p. 405-440, mai/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201617>.

<sup>282</sup> LÖSING, Norbert. Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho. In: KONRAD ADENAUER STIFTUNG. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Montevideo: JAS. 2011, p. 243.

<sup>283</sup> Na Colômbia, os artigos 228 e 230 da Constituição de 1991 determinam que as decisões da Administração da Justiça, no exercício das funções públicas, são independentes e estão sujeitas ao Estado de Direito. No desenvolvimento dos mandatos constitucionais, a Lei Estatutária da Administração da Justiça em seu artigo 5º reitera a independência do judiciário tanto em relação aos próprios juízes hierarquicamente superiores quanto em relação a outras autoridades legislativas ou administrativas. COLÔMBIA. Lei no. 270, de 7 de março de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. **Diario oficial**, Bogotá D.C, 1996. Disponível em: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0270\\_1996.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html)

<sup>284</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

<sup>285</sup> Em relação à deliberação judicial, MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 220, destaca que, para além do fato das vozes se ouvirem, de se tomarem e de se justificarem as decisões, o importante é a forma particular como se faz a deliberação. Nesse sentido, a deliberação, em suas múltiplas transformações, permite reconhecer e dar solução às disputas constitucionais de alto conteúdo político no exercício do controle de constitucionalidade. Por sua vez, Aharon Barak analisa que, embora seja intangível alcançar uma objetividade plena nos julgamentos, já que, ao se expressar os valores fundamentais do sistema, expressam-se segundo os que juízes acreditam adequado. Nesse sentido, o desejável é a deliberação nos julgamentos e um acesso direito dos cidadãos a desde o exercício da ação até a própria deliberação. BARAK, Aharon. A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. **Harvard Law Review**, v. 116, n.19, pp. 19- 162, 2002-2003. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4694&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4694&context=fss_papers) Acesso em: 15 de junho de 2019.

Direito, deve estar atenta para o fato que nem toda decisão será bem aceita, as opções podem ser excepcionais ou incomuns.<sup>286</sup>

Da mesma forma, quando se trata de decidir questões relacionadas aos direitos sociais e sua aceitação geral, embora baseadas no Direito, elas não significam *per se* que sejam justas, apesar do juízo de igualdade para todos ser uma constante fundamental na decisão judicial independente. Na tensão sobre os possíveis danos ao princípio democrático pelo exercício constitucional da Corte Constitucional ou do Supremo Tribunal Federal, a independência inata da função jurisdicional deve ser uma garantia para os cidadãos.<sup>287</sup>

(iii) Por fim, a tensão também tem a ver com a sobreposição de funções atribuídas aos tribunais constitucionais, concretamente à Corte Constitucional em 1991 e ao Supremo Tribunal Federal em 1988. Três funções principais foram atribuídas ao Supremo Tribunal Federal (art. 102): tribunal constitucional, foro especializado – para julgar criminalmente altas autoridades e para a apreciação de atos secundários do Congresso ou do Executivo relacionados com a governança interna de cada um desses poderes – e, finalmente, tribunal de última instância de recurso judicial.<sup>288</sup> À diferença do Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional da Colômbia não atua como tribunal de última instância. E, embora ela tenha algumas funções específicas com relação ao Poder Legislativo (art. 137)<sup>289</sup>, inclusive eleitorais (art. 266)<sup>290</sup>, a sua função principal é salvaguardar a integridade e a supremacia da Constituição (art. 241), ou seja, como típica Corte Constitucional num esquema kelseniano.<sup>291</sup>

---

<sup>286</sup> BARAK, Aharon. A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. *Harvard Law Review*, v. 116, n.19, p. 55, 2002-2003. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4694&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4694&context=fss_papers) Acesso em: 15 de junho de 2019. Esta avaliação indicada obedece a um critério de hermenêutica ou interpretação. Para o caso brasileiro, o trabalho de: FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 2, p.13-35, 8 jan. 2001.<http://dx.doi.org/10.21056/aec.v0i0.753>.

<sup>287</sup> Sobre a independência como garantia dos cidadãos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 414. Relator. Min. Luiz Fux. Brasil, Brasília, 31 de maio de 2012.

<sup>288</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos poderes**: São Paulo: Companhia das Letras, 2018, pp. 165-168.

<sup>289</sup> Segundo o art. 241 da Constituição de 1991, quando qualquer pessoa for citada para prestar depoimento em qualquer comissão permanente das Câmaras do Congresso, e a pessoa for dispensada de comparecer e a Comissão insistir em convocá-la, a Corte Constitucional, após ouvi-la, decidirá sobre o assunto no prazo de dez dias, sujeito à estrita confidencialidade.

<sup>290</sup> Em relação às funções eleitorais, segundo o art. 366 da Constituição de 1991, “*O Registrador Nacional do Estado Civil será escolhido pelos Presidentes da **Corte Constitucional**, do Supremo Tribunal de Justiça e do Conselho de Estado, através de uma competição baseada no mérito, organizada de acordo com a lei*” (tradução livre).

<sup>291</sup> Dentro das funções que estabelece a Constituição à Corte, encontram-se no art. 241: decidir sobre ações de inconstitucionalidade; decidir, antes do pronunciamento popular, sobre a constitucionalidade da convocação de um referendo ou de uma Assembléia Constituinte para reformar a Constituição; decidir sobre a constitucionalidade dos referendos sobre leis e consultas populares e plebiscitos da ordem nacional; decidir sobre reclamações de inconstitucionalidade feitas por cidadãos contra as leis; decidir definitivamente sobre a aplicabilidade dos tratados internacionais e das leis que os aprovam, entre outras.

O exercício conjunto dessas funções envolve certos problemas. Entre os que preocupam tanto a Corte Constitucional como o Supremo Tribunal Federal (além da já alegada ingerência no poder político ao dar a última palavra nas decisões do Legislativo ou do Executivo), destaca-se a falta de capacidade de análise de elementos extraconstitucionais, principalmente de natureza técnico-científica, que extrapolam o conhecimento dos juízes; bem como a ausência de uma estrutura racional que resista à revisão e decisão das tutelas e recursos que diariamente chegam à Corte Constitucional e ao Supremo Tribunal Federal, considerando o número limitado de juízes.<sup>292</sup>

Porém, para além de buscar uma força majoritária na tensão, de se optar pela ideia de que o exercício dos tribunais constitucionais equivale a uma lesão ao princípio democrático ou se, ao contrário, é compatível com a democracia, a realidade permite outro entendimento para determinar o papel da justiça constitucional para a democratização. Segundo Tom Daly, apesar da obsessão com os tribunais constitucionais, o entendimento dos tribunais como construtores da democracia continua numa crítica pouco desenvolvida. A questão central não é apenas a contribuição para o processo de redemocratização e novos ventos constitucionais, mas sim seu papel como motor central do constante processo de democratização.<sup>293</sup>

O debate se dá em torno da democratização como um meta-conceito expansivo que se refere a questões complexas ou a um desconhecido complexo. Os problemas de sua conceituação questionam "a moda" do constitucionalismo transformador que concebe tribunais "estrelas", como a Corte Constitucional, na Colômbia. No entanto, essa situação deixou uma imagem distorcida dos tribunais como construtores da democracia. A popularidade de uma instituição não é prova conclusiva de sua eficácia. A questão parece ser uma das poucas evidências concretas sobre a capacidade dos tribunais de promover a democracia. Para dar um exemplo, embora na América Latina haja um sentimento de que houve um grande progresso na consolidação democrática, há um sentimento palpável de que os juízes não estão preparando o caminho para uma democracia constitucional sólida, como era esperado.<sup>294</sup>

---

<sup>292</sup> Sobre este último, veja como, segundo o previsto no site da Corte, no último ano, sem contar as sentenças de constitucionalidade, foram interpostas 620.242 sentenças de tutela. Por sua vez, segundo Oscar Vilhena, "*De 1988 para cá (2018), foram mais de 1 milhão de recursos extraordinários e agravos de instrumentos apreciados por onze juízes*". VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos poderes**: São Paulo: Companhia das Letras, 2018, pp. 168-169.

<sup>293</sup> DALY, Tom. The Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy- Builders. **Global Constitutionalism**, n. 6, v.1, pp. 115-116. Cambridge University Press, 2017. DOI:10.1017/S204538171600023X.

<sup>294</sup> "*The popularity of an institution is hardly conclusive evidence of its effectiveness*". DALY, Tom. The Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy- Builders. **Global Constitutionalism**, n. 6, v.1, pp. 115-116. Cambridge University Press, 2017. DOI:10.1017/S204538171600023X.

Daly sublinha que é escassa a atenção do Direito quanto às posições adotadas pelos tribunais nas novas democracias. Essas carências, de acordo com Sadurski, devem-se à esperança que os tribunais constitucionais de jovens democracias, como a Colômbia e o Brasil, têm de funcionarem como democracias maduras.<sup>295</sup> Soma-se a isso o referencial estratégico de jurisprudência de tribunais estrangeiros, sem qualquer tempo de análise de compatibilidade para o reforço da função jurisdicional. Da mesma forma, os argumentos a favor de uma função expansiva, que parece se basear na experiência colombiana, podem ser minados no futuro por argumentos que abordem experiências como a húngara ou mesmo a brasileira. A resposta a essa tensão reside no desafio da análise de impacto nas decisões.

### **3.2. A promoção de um “constitucionalismo de encantamento” nos tribunais constitucionais**

O constitucionalismo do encantamento parte de um pressuposto de que os tribunais possuem “poderes mágicos” para a solução de diversos problemas sociais e políticos e que certas decisões proferidas são atrativas pela graça e simpatia do seu conteúdo, quando, na realidade, sua graça e simpatia ou poderes mágicos são aparentes e não necessariamente eficazes. Nesse sentido, tanto a Corte Constitucional quanto o Supremo Tribunal Federal têm sido os arquitetos de um “constitucionalismo do encantamento”, principalmente no que diz respeito à judicialização e à efetivação do conteúdo dos direitos fundamentais sociais e à garantia da igualdade através de suas decisões.

No caso colombiano, principalmente no que diz respeito à ação de tutela na Constituição de 1991,<sup>296</sup> em termos de garantia e proteção dos direitos fundamentais, sua inclusão assemelha-se a uma espécie de *woodstock* do Direito. Essa alegoria pretende ilustrar como o festival de música *woodstock* no final dos anos 1960, uma congregação hippie com música rock, acabou hospedando uma capacidade oito vezes maior do que o esperado. Os ecos e excessos da festa ficaram para a história com indiscutível sucesso, como forma de expor um novo projeto de vida e consciência. No entanto, houve o “lado obscuro” do evento, caracterizado por problemas logísticos e organizacionais por não estarem preparados. O congestionamento, a multidão, a falta de capacidade para os primeiros socorros e a gestão no

---

<sup>295</sup> SADURSKY, Wokchieh. **Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective.** The Hague: Kluwer Law International, 2002.

<sup>296</sup> Para os fins deste trabalho, “tutela” é distinto de “ação, decisão ou sentença de tutela”. O primeiro se refere à garantia e à proteção dos direitos sociais, enquanto o segundo se refere ao mecanismo processual previsto pela Constituição para a proteção dos direitos fundamentais.



transporte dos artistas foram algumas das causas que levaram a um decreto do estado de emergência na área. À semelhança do que aconteceu com o festival, equipara-se à ação da tutela.<sup>297</sup> No início, seus promotores priorizaram o conteúdo e ignoraram a organização. Se no *woodstock* o público se aglomerou no palco, na Colômbia, as pessoas recorreram em massa aos juízes para exercer a ação de tutela.

Por sua vez, no Brasil, com o fenômeno do neoconstitucionalismo e a consequente constitucionalização do Direito, apresentou-se uma constitucionalização abrangente e uma regulamentação detalhada e obsessiva das relações sociais, públicas, econômicas e até ambientais. Uma grande esfera de tensão constitucional foi criada sobre essas circunstâncias, gerando uma explosão da litigiosidade constitucional.<sup>298</sup>

Esses perigos estruturais deixam alguns aspectos fundamentais em alerta. Um deles relacionado à proporção de decisões e/ou julgamentos descumpridos, principalmente na Corte Constitucional da Colômbia, onde a porcentagem de ações descumpridas é crescente a cada ano (Gráfico 4).<sup>299</sup>

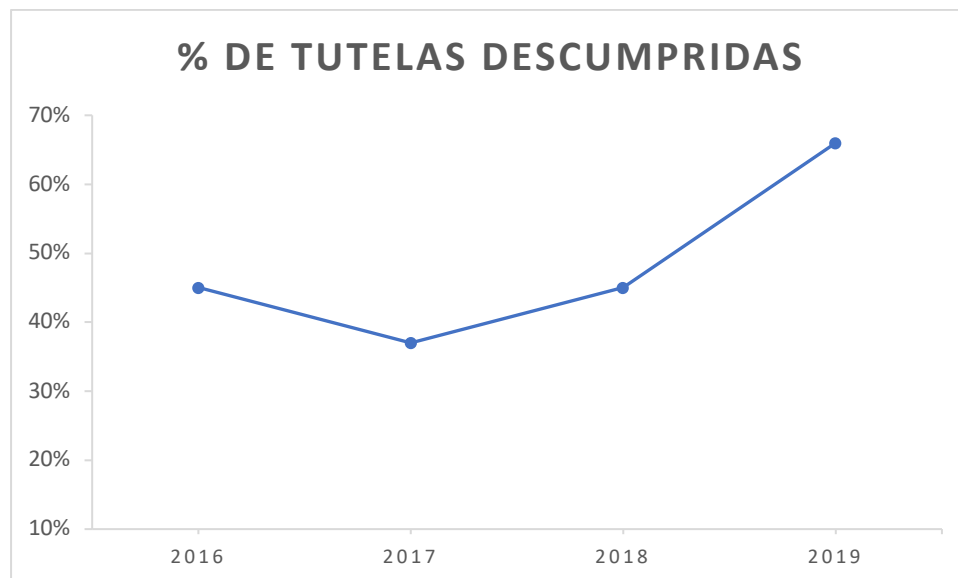
#### **Gráfico 4.** Porcentagem de ações de tutela descumpridas, julgadas pela Corte Constitucional

---

<sup>297</sup> RUBIO, Mauricio. **La Catedral y el Bazar:** Reflexiones profanas sobre la justicia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 260-343. Disponível em: <<http://books.openedition.org/uec/358>>. Acesso em: 15 junho de 2020.

<sup>298</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos poderes.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 166

<sup>299</sup> Nesse caso, somente os casos da Corte Constitucional de Colômbia estão disponíveis, já que no Brasil, o que corresponde com as "reclamações constitucionais", das quais pode haver um número, não corresponde a uma categoria comparável com o proposto aqui.



**Fonte:** O autor, 2020

Outro aspecto que merece atenção e corresponde à forma como os direitos sociais estão sendo garantidos tanto na Corte Constitucional quanto no Supremo Tribunal Federal. No caso colombiano, é importante considerar que, a partir de 2007, a Corte Constitucional adotou posição segundo a qual todos os direitos estão sujeitos ao respeito, à proteção e à promoção. Argumentou-se que o caráter fundamental de determinado direito ou posição jurídica de natureza social independe de sua efetivação, pois o que importa não é o efeito produzido, mas a substância que conduz ao efeito. A importância dessa decisão consistiu numa virada na jurisprudência quando considera que os direitos expressos no texto superior são fundamentais.<sup>300</sup> Malgrado essa decisão, se analisadas as disposições constitucionais de uma forma geral, nomeadamente o artigo 2º, pelo qual se consagram os fins essenciais do Estado, e neles, “promover a prosperidade geral e a eficácia dos princípios, direitos e deveres consagrados na Constituição”, identifica-se que a Constituição dispõe dentro dos “princípios fundamentais” da efetividade de todos os direitos, incluindo os sociais.

<sup>300</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-406**. Magistrado(a) Ponente: Humberto Sierra Porto. Bogotá D.C, 22 de janeiro 2007. É importante sublinhar que, desde 1992, a jurisprudência do Tribunal concedeu a sua jurisprudência ampla margem de entendimento em torno dos direitos sociais. Inicialmente, excluiu o reconhecimento de sua fundamentalidade, justificando que esses direitos se restringiam ao mundo da maioria política. Mais, que a sua aplicação devia ser confiada ao legislador para estabelecer o sentido do texto constitucional, por isso não poderiam ser considerados fundamentais, salvo em situações específicas, em que houvesse “conexidade” com um princípio ou direito fundamental. COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-406**. Magistrado(a) Ponente: Humberto Sierra Porto. Bogotá D.C, 2007; COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-570**. Magistrado(a) Ponente: Jaime Sanín Greffenstein, 1992. Posteriormente, em 1997, determinou que não é correto afirmar que apenas os direitos sociais implicam prestações positivas – dentro do dever de promoção – do Estado; ao contrário, os direitos de liberdade geram apenas deveres de abstenção. COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-251**. Magistrado(a) Ponente: Alejandro Martínez Caballero, 28 de maio de 1997.

No Brasil, Daniel Wunder Hachem analisa posições a respeito da aplicação do regime constitucional dos direitos fundamentais aos direitos sociais. Apesar das posições baseadas na exclusão dos direitos sociais do âmbito da proteção dos direitos fundamentais, na limitação da aplicação do regime dos direitos fundamentais em relação ao mínimo existencial e na incidência do regime jurídico dos direitos fundamentais apenas à parcela dos direitos sociais necessários para garantir as condições procedimentais da democracia, o argumento de que os direitos sociais são direitos fundamentais autênticos, totalmente sujeitos ao seu regime, é a posição juridicamente mais apropriada, baseada numa interpretação sistemática da Constituição e na atenção ao princípio da máxima eficácia das normas constitucionais.<sup>301</sup>

Reconhecendo a jusfundamentalidade dos direitos sociais, Rodolfo Arango, que analisa o caso da Corte Constitucional colombiana, sustenta que a garantia de condições materiais para o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais corresponde a dois aspectos fundamentais: (i) as condições individuais de vulnerabilidade e (ii) as situações estruturais de déficit do mercado. Tanto uma como a outra evidenciam a situação de emergência e ativam a exigibilidade judicial das obrigações positivas perante o Estado.<sup>302</sup> Nesse sentido, tanto as condições individuais como as situações estruturais não requerem apenas uma prestação normativa específica e prévia do Estado para a sua satisfação, uma vez que pressupõem que o titular de uma determinada posição jurídica justifique a garantia do seu direito com base numa leitura abrangente e integral do sistema jurídico. Por sua vez, essa justificação ou fundamento da posição jurídica mostra-se compatível com a subsunção do conceito de direitos fundamentais sociais ao de direitos subjetivos.<sup>303</sup>

Essa vinculação direta dos direitos sociais como direitos subjetivos está relacionada ao protagonismo progressivo da Corte Constitucional. A instituição ganhou amplo prestígio em setores da população que viram nas decisões da Corte Constitucional uma oportunidade para a proteção e para a garantia de seus direitos.<sup>304</sup> No entanto, essa aparente realização efetiva, com

---

<sup>301</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. f. 66-86. Ver também NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. pp. 9-179.

<sup>302</sup> ARANGO, Rodolfo. La justiciabilidad de los Derechos sociales fundamentales, **Revista de Derecho Público**, v. 12, n.1, jan./jun 2001, P. 206. Disponível em: <[https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechopub/pub202.pdf](https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub202.pdf)>. Acesso em: 12 de junho de 2019.

<sup>303</sup> ARANGO, Rodolfo. Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos, **Pensamiento Jurídico**, v. 8, 1997, 8. Disponível em: <<https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/40339>> Acesso em: 3 julho de 2020.

<sup>304</sup> GARCÍA, Mauricio; UPRIMNY, Rodrigo. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (ed.), **Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa**,

a qual a Corte Constitucional parece encantar, deve ser lida com atenção. Tanto na Colômbia quanto no Brasil, além da facilidade de acesso à justiça constitucional e da tradição do controle constitucional –aspectos referenciados nos capítulos anteriores –, um dos fatores que pede essa leitura corresponde ao reforço da desigualdade econômica e social.

Colômbia e Brasil são ambos países desiguais,<sup>305</sup> com presença ínfima ou nula do Estado em muitas regiões. Por conta dessas disparidades – somadas ao surgimento e fortalecimento da violência e dos grupos armados fora da lei; às formas violentas de paramilitarismo (no caso da Colômbia)<sup>306</sup>; e ao encadeamento das noções de personalismo, familismo e patrimonialismo para fundamentar a ideia de sociedade; à obsolescência de antigos projetos políticos baseados em análises tradicionais; ao "fetichismo da economia" para justificar o crescimento econômico como um "salvador" da marginalização, entre tantas outras (no caso do Brasil),<sup>307</sup> fortaleceram-se a desigualdade, a miséria e a exclusão social.

Segundo Florestan Fernandes, essas condições de desigualdade são compatíveis com o argumento de que as alternativas políticas eficazes deixam estreita margem para opções coletivas.<sup>308</sup> A subjetivação das opções jurídicas e políticas e o consequente esgotamento da garantia coletiva é o que tem turvado o sentido da proteção fundamental dos direitos sociais. Apesar do otimismo em torno das Constituintes de 1988 e 1991 em construir uma Constituição para todos, a realidade mostra que ainda não existe uma igualdade material real, quer dizer, os direitos fundamentais sociais estão ao alcance de apenas uma parte da sociedade, dada a

---

2002, pp. 298-339. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/emancipa/research/pt/ft/justconst.html> Acesso em: 1 de julho de 2020.

<sup>305</sup> De acordo com um relatório que mede as mudanças na desigualdade no Brasil, nos últimos sete anos, até o segundo trimestre de 2019, a renda dos 50% mais pobres da população caiu 17%, enquanto a dos 1% mais ricos cresceu 10%. Além disso, o bem-estar social caiu quase 6,5%, deixando os jovens entre 20 e 24 anos de idade como os grandes perdedores. FGV SOCIAL. **A escala da desigualdade**. Qual foi o impacto da crise sobre a distribuição de renda e a pobreza? 2019. Disponível em: <https://www.cps.fgv.br/cps/bd/docs/A-Escalada-da-Desigualdade-Marcelo-Neri-FGV-Social.pdf>. Por sua vez, “*Colombia sigue sacando los primeros puestos en una región de por sí desigual con su índice de Gini de 0,517 (este índice mide la desigualdad de un país siendo 0 la perfecta igualdad y 1 la perfecta desigualdad). Si además miramos la desigualdad de renta y no de ingresos, la cifra sube. Si vemos la de posesión de la tierra, sube muchísimo más*”. ÁLVAREZ RIVADULLA, María José. ¿por qué preocuparnos por la desigualdad en Colombia? Bogotá D.C: Universidad de los Andes, 2018. Disponível em: <https://uniandes.edu.co/es/noticias/desarrollo-regional/por-que-preocuparnos-por-la-desigualdad-en-colombia>.

<sup>306</sup> CNMH. Centro de Memoria Histórica. **Justicia**: Balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico. Bogotá D.C: CNMH. 2018, p. 11. Sobre os impactos da violência na desigualdade e no aprofundamento da pobreza na Colômbia, ver: GALINDO, Héctor; RESTREPO, Jorge; SANCHEZ, Fabio. Conflicto y pobreza en Colombia: un enfoque institucionalista. In: RESTREPO, Jorge & APONTE, David (ed.) **Guerras y violencia en Colombia**. Herramientas e interpretaciones. Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 319.

<sup>307</sup> SOUZA, Jessé. A gramática social da desigualdade brasileira. **Revista brasileira de Ciências sociais**, vol. 19, n. 54, fevereiro de 2004. P. 79-97. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n54/a05v1954.pdf>; SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. São Paulo: Contracorrente, 2018.

<sup>308</sup> FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente** e classes sociais na América Latina. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 31.

restrição orçamentária histórica e a distribuição ou escolha desigual de prioridades orçamentárias.<sup>309</sup>

Ainda por essa perspectiva, a garantia progressiva dos direitos sociais é, até este momento, insuficiente; esse déficit se evidencia quando se examina o papel da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal na redução das desigualdades e na garantia do princípio constitucional da promoção da prosperidade geral e o direito fundamental ao desenvolvimento e ao bem-estar em termos constitucionais. A análise dessa garantia merece ser observada a partir de alguns casos específicos, porém, adverte-se o argumento segundo a qual, a concessão de benefícios com base na titularidade de direitos sociais nas decisões da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal tem sido erroneamente analisada tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina, pois alega apenas uma dimensão subjetiva dos direitos sociais, deixando de lado a existência real de uma dupla dimensão e de uma dupla titularidade (individual e transindividual).

Na Colômbia, a Corte Constitucional reitera que a natureza ou a condição programática dos direitos sociais tende a se transmutar em direito subjetivo na medida em que cria elementos que permitem a uma pessoa exigir do Estado o cumprimento de seu dever assistencial, forçando-o a executar certos serviços em favor de um sujeito específico.<sup>310</sup> Essa "transmutação em garantia ou direito subjetivo" dos direitos sociais, acompanhou a tese da "conexidade". Segundo a tese da conexidade, existem direitos sobre os quais não se discute sua

---

<sup>309</sup> Segundo Salomón Kalmanovitz, "*Las limitaciones presupuestales se explican no sólo por la pobreza del país sino por el clientelismo como sistema de gobierno que no goza de la legitimidad suficiente para que mucha gente y los ricos cumplan con sus deberes tributarios. Ellos ya nos revelan que la plenitud de los derechos puede ser demagógica*". KALMANOVITZ, Salomón. **El modelo antiliberal colombiano**. Bogotá D.C, 2000. Disponível em: < <https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/modelantiliberal.pdf> > Acesso em: 15 junho 2020. No caso do Brasil, os argumentos das limitações orçamentárias e da escolha errada das prioridades para a execução do orçamento público podem ser lidos em: HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 13, n. 13, p. 340-399, 2013; DA COSTA MOURA, Emerson Affonso; RIBEIRO, Jamir Calili. Direitos fundamentais sociais, orçamento público e reserva do possível: o dever de progressividade nos gastos públicos. **Revista de Direito brasileira**. São Paulo, v. 16, n. 7, pp.225-241, jan/abr. 2017.

<sup>310</sup> Nesse sentido; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia de Tutela T-880**. Magistrado(a) Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 30 de novembro de 2009. De acordo com a decisão, ajuizou-se ação perante a justiça constitucional, com o objetivo de obter a proteção de seus direitos fundamentais à vida, à saúde e à previdência social, quando a Entidade Promotora da Saúde se negou a autorizar a prática de endoscopia digestiva alta mais dilatação pneumática e fornecimento de medicamentos por ocasião do *by-pass* gástrico, sob o argumento de que estão fora do Plano de Saúde Obrigatório - POS-. A Corte, na tutela do direito fundamental à saúde, reconhece que embora os recursos do sistema de saúde sejam limitados, a jurisprudência tem indicado que nos casos de procedimentos fora dos POS, se a pessoa não dispõe de recursos, cabe ao Estado assegurar a efetiva aplicação desse direito. Nesse sentido, ordenou à entidade de saúde a autorização da prática do exame que se encontra fora do Plano. Num sentido similar, ver: COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-662**. Magistrado(a) Ponente: Rodrigo Escobar Gil, 10 de agosto de 2006.

natureza fundamental pela relação com um direito fundamental ou pela afetação desse direito ao mínimo existencial. Nesses casos, procede a ação de tutela.<sup>311</sup>

Por essa mesma lógica, a Corte Constitucional também determinou que, embora existam responsabilidades econômicas de financiamento, de racionalização e de utilização do sistema para cada direito, elas não podem se tornar uma barreira invencível ao reconhecimento do dever de promoção, caso contrário, diminuiriam as possibilidades de pessoas sem recursos suficientes cobrirem os custos de acesso a sistemas e serviços.<sup>312</sup> Esse último argumento é compatível com o constitucionalismo deliberativo e com os espaços de discussão pública no âmbito do processo judicial, no qual não é negado o poder dos juízes constitucionais de adotar decisões de impacto econômico quando se referem à proteção de direitos fundamentais. Da mesma forma, a partir do neoconstitucionalismo e das garantias, os juízes são legitimamente democráticos, uma vez que as decisões com efeitos econômicos são irrelevantes para eles.<sup>313</sup>

Essas manifestações jurisprudenciais baseiam-se em motivos de natureza diversa, desde argumentos econômicos até argumentos semânticos ou terminológicos. Primeiro, a Corte Constitucional indicou que sua posição sobre o que é um direito fundamental oscilou entre a ideia de que se trata de direitos subjetivos de aplicação imediata, da inalienabilidade e da essencialidade do direito à pessoa.<sup>314</sup>

Segundo a atribuição exclusiva e histórica dada aos direitos sociais, cujos vestígios ainda existem na atualidade, está relacionada com a tese ultrapassada de que os direitos sociais como mandatos programáticos dirigidos ao legislador se apresentam como categoria oposta à do direito subjetivo, classicamente atribuível aos direitos de liberdade. Nesse sentido, desde 2007 os direitos sociais são fundamentais para a jurisprudência, por esse fato, tem-se atribuída

<sup>311</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-717**. Magistrado(a) Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, 22 de setembro de 2011, la cual sustenta su argumento na T- 304 de 1998.

<sup>312</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia de Tutela T-409**. Magistrado(a) Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, 3 de setembro de 2019. Um exemplo é o caso no qual a Corte deliberou sobre um menor com diagnóstico de autismo e com distúrbio de atividade e atenção que deve comparecer em várias e frequentes consultas médicas para controle, exames de diagnóstico, exames laboratoriais e procedimentos clínicos. No julgamento ajuizou-se que esta receita médica exige a prestação de transporte especial, visto que o menor apresenta hipersensibilidade ao ruído, o que não foi reconhecido pelas Entidades Promotoras da Saúde. A Corte Constitucional optou pela concessão do transporte ao menor, pois a família dele se encontrava em situação econômica que não permitia custear essas despesas e o menor é objeto de proteção especial. Sobre o assunto também está a decisão de Tutela T-674 de 2016. Relator: Gabriel Mendoza Martelo.

<sup>313</sup> ROA, Jorge Ernesto. Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Ano. XXIII. Bogotá D.C, pp. 453-480, 2017. Uma opinião contrária à posição de Roa; CASTAÑO, Jairo Andrés. Análisis económico del activismo judicial: el caso de la corte Constitucional colombiana. **Revista Derecho del Estado**, n. 31, jul/dic 2013, pp. 119-160. Este último analisa o ativismo judicial com base na Análise Econômica do Direito sobre o comportamento dos integrantes da corporação e da instituição, para além do impacto das decisões do Tribunal na economia.

<sup>314</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-760**. Magistrado(a) Ponente: Manuel José Cepeda Espinoza, 31 de julho de 2008.

uma conotação ampla, quase exclusiva, ao florescimento dos direitos sociais como direitos subjetivos suscetíveis de garantia judicial.<sup>315</sup>

Terceiro, a imprecisão conceitual apresentada pela Corte Constitucional entre a tutela do direitos de todos e a garantia de prerrogativas individuais.<sup>316</sup> Sobre o assunto, a proteção de direitos se depara com uma conceituação da faceta individual para garantir direitos que, em princípio, deveriam ser de todos, principalmente os relativos ou efetivados por meio da prestação de serviços públicos. Argumentar, como faz a Corte Constitucional, que a exigibilidade de um serviço como direito fundamental individual se refere ao mínimo necessário para sua satisfação e que, por essa razão, a ação de tutela é plausível e preferida a qualquer outro meio, é cair na falácia argumentativa que tenta determinar qual é o mínimo essencial para a satisfação de um direito.<sup>317</sup>

Quarto, as barreiras burocráticas de qualquer tipo que se antepõem à tutela administrativa dos direitos sociais.<sup>318</sup> Essas barreiras são traçadas pela multiplicidade de reclamações individuais que, de uma forma ou de outra, demonstram gestão e informação pouco acessíveis aos usuários pelos prestadores de serviços; como a saúde, que mostra uma prestação ineficiente da garantia de serviços públicos e dos veículos dos direitos. A excessiva judicialização que precede esse motivo tem visto no juiz constitucional e na sua intervenção o único meio de garantir a sua eficácia individual, além de coletiva.

---

<sup>315</sup> Sobre esta transformação jurisprudencial, ver: GUTIÉRREZ, Andrés. Tendencia actual de amparo en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. **Revista Derecho del Estado**, n. 24, 2010, p. 81-104. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/421> Acesso em: <17 de julho de 2020> Também vale a pena considerar o termo "direitos subjetivos coletivos". COLÔMBIA. Corte Constitucional. C-179 de 1994. Relator. Carlos Gaviria Díaz 13 de abril de 1994.

<sup>316</sup> COLÔMBIA. Corte constitucional. **Sentencia de Tutela T- 479**. Magistrado(a) Ponente: Alberto Rojas Rios, 15 de outubro de 2019. O caso em análise pretende resguardar o direito fundamental à água potável, à saúde e à moradia desde a ausência desse recurso para a família. Sobre a mesma decisão, vale destacar o salvamento voto do magistrado Carlos Bernal Pulido, que analisa a conceituação da faceta individual do direito à água potável.

<sup>317</sup> COLÔMBIA. Corte constitucional. **Sentencia de Tutela T- 209**. Magistrado(a) Ponente: Carlos Bernal Pulido, 17 de maio de 2019. Por meio dessa da decisão, foi solicitada a proteção dos direitos à vida, à integridade pessoal e à educação dos habitantes de uma zona rural de um município, em concreto, a beneficiação de uma ponte e de uma escola. Em síntese, foi concedido o mérito excepcional da ação de tutela para ordenar a construção de obra pública por ameaça ou violação de direitos fundamentais.

<sup>318</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación SU- 12**. Magistrado(a) Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, 2018. O caso analisa a suposta violação de seus direitos fundamentais à vida, à igualdade, à dignidade humana, à saúde e à previdência social em razão de suposta recusa em autorizar exame para tratamento de câncer ordenado pelo médico assistente porque a receita não foi anexada como suporte no aplicativo MIPRES. A citada Sentença se refere à resolução do conflito no âmbito da necessidade de estabelecer a proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais invocados e da obrigação do juiz tutelar em sua ação com vocação que protege o patrimônio público.

Quinto, além dessas barreiras, é evidente que, sem descuidar dos esforços feitos em face das sentenças estruturais,<sup>319</sup> principalmente na reativação do aparelho estatal, seja qual for o objeto das declarações de estado de coisas inconstitucional, os impactos sociais destas apresentam uma desigualdade enquanto a eficácia da decisão e da inclusão dos atores que desempenham o papel de partes ou de afetados pelas decisões. Da mesma forma, acompanhadas pela falta de categorização das ordens, as sentenças estruturais parecem desconhecer os efeitos globais das decisões.<sup>320</sup>

Vários outros motivos podem justificar o entendimento atual da Corte Constitucional no que tange o tratamento dos direitos fundamentais sociais. Esse tratamento não diz respeito apenas ao tipo de direitos que contempla, discussão já superada pela Corte Constitucional, mas também à titularidade e às dimensões que acompanham esses direitos. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais vai além de uma concepção evoluída dos direitos subjetivos; permite seu reconhecimento pela argumentação baseada no fato de que as posições jurídicas fundamentais devem ser reconhecidas para não causar dano iminente à pessoa.<sup>321</sup>

No Brasil, as críticas à judicialização dos direitos sociais pode ser identificada por meio de um diálogo que se sustenta nas seguintes críticas às decisões do Supremo Tribunal Federal: (a) os direitos fundamentais sociais, considerados como um todo, apresentam uma faceta individual e uma transindividual, dependendo da pretensão em análise; (b) considerando sua multidimensionalidade, os direitos fundamentais sociais são mais do que um mero direito subjetivo; (c) a compreensão da transmutação para uma garantia subjetiva dos direitos fundamentais sociais corresponde a uma ressubjetivação da dimensão objetiva que, por sua vez, abre caminho para uma dimensão subjetiva transindividual.<sup>322</sup>

---

<sup>319</sup> Quando aqui se faz menção às sentenças ou decisões estruturais quer dizer aquelas pelas quais foram declarados os “estado de coisas inconstitucional”.

<sup>320</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO; Diana. **Cortes y cambio social**. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá D.C: Dejusticia, 2010, pp. 276; RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Epílogo. Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: LANGFORD, M. (ed.). **Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales**. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, 2013, pp. 897-916.

<sup>321</sup> ARANGO, Rodolfo. La justiciabilidad de los Derechos sociales fundamentales, **Revista de Derecho Público**, v. 12, n.1, jan/jun 2001, P. 206. Disponível em: <[https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechopub/pub202.pdf](https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub202.pdf)>. Acesso em: 12 de junho de 2019.

<sup>322</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013. p. 619- 653.



Para compreender essas ideias, é preciso destacar que o Direito Público brasileiro se caracterizou por transições que caminharam entre a intervenção estatal e a subsidiariedade. Segundo Daniel Wunder Hachem,<sup>323</sup> o entrelaçamento das tendências do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, no que se refere ao desenvolvimento social e o protagonismo do Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, teve como contexto um período posterior à promulgação da Constituição de 1988 até a primeira década de 2000.

Nesse período, ocorreu uma revolução no campo do Direito Público Brasileiro correspondente às transformações do Direito Constitucional. Entre elas se destaca a geração do Direito Constitucional da efetividade e um Direito Administrativo individualista. Esse contexto deu lugar a um problema de inefetividade pela possibilidade de reivindicação individual de prestações estatais para a satisfação de direitos fundamentais sociais. Ou seja, entendeu-se que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, segundo o art. 5º §1º da Constituição de 1988, ensejou a reclamação judicial pela plena realização dos direitos não satisfeitos pela omissão da Administração Pública.<sup>324</sup>

A adoção dessa postura individualista, caracterizada pela ampla intervenção judicial – visando à concessão de prestações estatais positivas para a garantia efetiva e individual dos direitos fundamentais sociais, como por exemplo, as decisões relativas à concessão de tratamentos de saúde e medicamentos de alto custo no exterior – comprometia a capacidade financeira da Administração Pública e impossibilitava a efetiva tutela administrativa efetiva desses direitos pela Administração Pública.<sup>325</sup> A essa judicialização em larga escala acrescentou-se as discussões em torno das funções do Supremo Tribunal Federal como tribunal constitucional e seu entendimento sobre a titularidade, a dimensionalidade e a

---

<sup>323</sup> Para uma análise dessas transformações do Direito Público Brasileiro, ver: HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133- 168, jul./set. 2013, p. 137-141.

<sup>324</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133- 168, jul./set. 2013, p. 137-141.

<sup>325</sup> Daniel Wunder Hachem apresenta alguns *leading cases* sobre o assunto, um deles, especificamente, sobre um portador de uma doença rara, a distrofia muscular de Duchene, que argumentou que nos Estados Unidos havia uma clínica capaz de curá-la. Num caso posterior, o Supremo determinou que o obstáculo de uma ordem burocrática ou orçamentária não pode ser obstáculo ao cumprimento dos direitos constitucionais. No entanto, segundo o autor, essas decisões têm se pautado mais por motivos de emoção do que de razão, sendo incongruentes e excessivas, e que acabam por prejudicar a realização de políticas públicas, prejudicando não apenas o uso racional dos recursos públicos, mas a garantia e a universalização dos direitos fundamentais (Decisão do Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar nº 1.246 de 1997. Ministro Celso de Mello; também Recurso Extraordinário nº 342.413. Ministra Ellen Gracie; o voto da Ministra Sydney Sanches no Recurso Extraordinário Nº 198.263; Recurso Extraordinário Nº 267.612, 198.263 Red. Sydney Sanches, etc.) HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013, p. 345.

multifuncionalidade dos direitos fundamentais sociais, resumidos nos argumentos propostos, que não são restritivos, uma vez que aceitam outros argumentos que se destinem a justificar essa ideia.

(a) Em relação à ideia de que os direitos fundamentais sociais considerados como um todo apresentam uma faceta individual e uma transindividual, dependendo da pretensão em análise, o reconhecimento subjetivo radical de todos os direitos fundamentais no contexto brasileiro após a Constituição de 1988 possibilitou uma sindicabilidade judicial que representou uma estratégia voltada ao abandono da concepção que negava a força jurídica e normativa dos dispositivos constitucionais, e, conseqüentemente, gerava um desamparo aos titulares dos direitos fundamentais pela omissão do Estado. Desse modo, houve uma absorção do discurso doutrinário que deu destaque à titularidade e, portanto, à exigência de direitos, sem levar em conta os efeitos jurídicos de sua dimensão objetiva.<sup>326</sup>

Os efeitos da centralização na dimensão subjetiva correspondem a uma série de mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais, entre eles, a ideia da titularidade transindividual desses direitos. Esses mitos e confusões se dão devido à atribuição histórica mal fundada de que apenas os direitos de liberdade têm função de defesa, e de que os direitos sociais têm uma prestação fática e os direitos coletivos, como o direito a um ambiente saudável, uma titularidade transindividual. Na verdade, todas as características são atribuíveis a todos os direitos fundamentais.<sup>327</sup>

Nesse sentido, lançar luz sobre essa confusão é compreender a diferença entre um direito fundamental em sentido amplo e em sentido restrito. Um direito fundamental em sentido restrito corresponde a cada uma das posições jurídicas desse direito, ao passo que, em sentido amplo, refere-se ao conjunto de posições fundamentais em que o sistema jurídico investe um titular de um direito. O importante é compreender os direitos fundamentais como um todo.<sup>328</sup>

(b) Uma vez analisada a titularidade individual e a titularidade transindividual, dando-se relevância à possibilidade da a garantia dos direitos sociais ser dada em sede coletiva, ao se reconhecer a necessidade de alertar a Administração para o cumprimento de seu dever

---

<sup>326</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013. p. 631-632.

<sup>327</sup> HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019, p. 409. Sobre o assunto ver também: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 89-100.

<sup>328</sup> HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019, p. 409. Sobre o assunto veja-se também: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 89-100.

de tutela efetiva e ao legislador no seu esclarecimento quanto às posições jurídicas fundamentais, é importante destacar que não significa que não haja uma dimensão subjetiva. Os direitos fundamentais possuem sim uma dimensão subjetiva e podem ser caracterizados, em muitas situações, como direitos subjetivos. Porém, tendo em vista a multidimensionalidade dos direitos fundamentais, é necessário que os direitos sociais sejam reconhecidos como algo a mais do que um mero direito subjetivo, pois limitá-los a isso geraria uma excessiva judicialização, dificultando o bom funcionamento da justiça. Assim, Daniel Wunder Hachem sublinha que é imperativa a substituição da ideia de direitos públicos subjetivos,<sup>329</sup> compreendidos como autolimitação do poder soberano do Estado em favor das esferas delimitadas dos interesses privados individuais, pela noção jurídica e autônoma dos direitos fundamentais, dotados tanto de uma dimensão subjetiva quanto de uma dimensão objetiva.

(c) A compreensão da transmutação para a garantia subjetiva dos direitos fundamentais sociais corresponde a uma ressubjetivação da dimensão objetiva, dando lugar a uma dimensão subjetiva transindividual ou coletiva. Em outras palavras, a existência objetiva de um direito integra facetas subjetivas individuais; da mesma forma, um direito fundamental como um todo integra um conjunto de posições ou pretensões fundamentais independentes. Malgrado essa existência, a norma só pode orientar-se para a garantia ou para a satisfação dessa posição ou reivindicação subjetiva fundamental independente pela própria consagração ou pelo reconhecimento dos valores nas normas dos direitos fundamentais.<sup>330</sup>

Assim, quando se afirma que algumas pretensões, ligadas a um direito fundamental, são exigidas de uma titularidade individual e que outras, derivadas do mesmo direito, merecem uma garantia de uma titularidade transindividual, deve-se considerar que, apesar do grau da inobservância das imposições constitucionais objetivas, ele pode conduzir um

---

<sup>329</sup> A ideia de "direitos públicos subjetivos" corresponde a uma doutrina do século XIX, que consiste, em termos gerais, num resquício ou vestígio da teoria dos direitos fundamentais no liberalismo do final do século XIX, formulada por Georg Jellinek, na qual se buscou superar o direito natural que acompanhava os "direitos do homem" e dotá-los de força normativa, gerando autolimitações estabelecidas pelo Estado ao seu poder soberano visando à garantia desses direitos. O assunto crítico reside, segundo Hachem, na transposição para essa ideia de pressupostos metodológicos do Direito Privado, com ampla ênfase no caráter individual desses direitos. Assim, a expressão "direitos públicos subjetivos", referindo-se aos direitos conferidos por lei aos cidadãos para exigí-los perante os poderes públicos, combinou a alocação "público" para vincular o Estado, mas continuou com um amplo desenvolvimento do direito privado. Uma questão que mais tarde influenciou o Estado de Direito liberal e sua ideologia individualista. HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais "direitos públicos subjetivos"? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019, p. 412-13.

<sup>330</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 70-75.

redirecionamento objetivo para a tutela subjetiva de pretensões jurídicas de caráter transindividual quando o Estado não observar o direito.<sup>331</sup>

Por exemplo, se o direito à moradia é reconhecido como um direito fundamental como um todo, qualquer conteúdo ou posição jurídica específica se encontra incluído nesse direito. Portanto, a criação, por lei, de um programa especial de acesso gratuito à moradia para mães chefes de família deslocadas pela violência, encontra-se como uma posição específica dentro do direito à moradia. Ora, se o Estado descumprir esse dever imposto, pode gerar uma posição subjetiva. Suponha-se que a uma mãe chefe de família seja impedida a obtenção de moradia: isso permite exigir perante o Estado o cumprimento da obrigação protegida pela dimensão objetiva.<sup>332</sup> Nesse contexto, é plausível a judicialização pela faceta subjetiva do direito.

Segundo pressupostos acima exemplificados, deve-se ter em vista que a determinação e admissão dessas obrigações concentradas no Estado estão, em primeiro lugar, dentro da livre configuração legislativa e da discricionariedade administrativa diante da concreção normativa de cada pretensão jurídica, sujeitas à reserva do politicamente oportuno, e, em segundo lugar, sujeitas a certas reservas legais e fáticas.

Seja qual for a situação, a omissão administrativa ou legislativa de negar uma posição sujeita à reserva do fático e juridicamente possível não pode ser justificada. A falha gera a necessidade de uma reforma estrutural ao Estado. Por exemplo, a crise da saúde na Colômbia precisa de uma mudança nos alicerces que serviram de base para a formulação de uma reforma estrutural do Estado no que tem a ver com o planejamento e a execução das políticas públicas em saúde. Especificamente, a crise financeira que atravessa o sistema de saúde é atribuída à sua administração após a Lei n° 100 de 1993, gerando uma urgência econômica no reconhecimento de prestações entre os fornecedores de serviços de saúde, empresas privadas administradoras e o Estado. O desenho da lei provocou uma abertura e uma centralização do sistema no setor privado, culminando em altos níveis de corrupção e num obstáculo constante aos serviços que deveriam ser fornecidos à sociedade.<sup>333</sup> Da mesma maneira, várias questões estruturais surgem em relação a outros direitos sociais.

---

<sup>331</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013, pp. 652-653.

<sup>332</sup> Essas situações foram desenvolvidas por HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013. p. 652-653, os exemplos são meramente ilustrativos.

<sup>333</sup> Sobre o assunto, a análise de BARDEY, David. El sistema de salud colombiano: ¿bueno o malo? **Universidad de los Andes**. Disponível em: < <https://uniandes.edu.co/es/noticias/derecho/el-sistema-de-salud-colombiano->

### 3.3. Comportamento judicial solipsista: os juízes contra a Constituição e a atuação da jurisdição constitucional sob o leque da moralidade subjetiva

O comportamento judicial solipsista parte do pressuposto de que os tribunais constitucionais são capazes de coisas extraordinárias dentro das próprias experiências dos juízes – que vão além do que a própria Constituição estabelece –, o que é considerado uma ilusão ou falta de objetividade do ponto de vista normativo, já que envolve atitudes judiciais, na sua maioria individuais, que não encontram respaldo jurídico, mas sim em considerações pessoais e, por vezes, julgamentos de valor infundado. Em outras palavras, há decisões nas quais os juízes decidem apenas sobre sua realidade; sobre suas considerações subjetivas e sentimentos aparentes de justiça, considerando que quaisquer outros elementos que diferem dessas considerações ou sentimentos são irrelevantes. Este problema de solipsismo judicial é um fato com constantes críticas ao Supremo Tribunal Federal no Brasil, conforme denuncia Lenio Luiz Streck.<sup>334</sup> Entretanto, na Colômbia, com a Corte Constitucional, as objeções são raras, e as poucas que foram levantadas estão relacionadas a aspectos procedimentais constitucionais, como ocorreu com o *fast track* no Acordo de Paz, que será analisado nesta seção.

Na Colômbia, além do que estabelece a Constituição de 1991, a Corte Constitucional aprovou o *fast track* das normas que se referiam ao Acordo de Paz, transformou o procedimento originalmente estipulado na constituição. Parece que, em nome do direito fundamental à paz, o princípio da separação de poderes foi ignorado, prejudicando os poderes Executivo e Legislativo e inclusive o Judiciário, na análise da constitucionalidade dessas normas. A Corte Constitucional justificou sua constitucionalidade com o argumento de que o

---

[bueno-o-malo](#)> Acesso em: 15 julho 2020. Assim também: ZAPATA, José Gabriel. Las ideologías políticas de la salud: legitimidad y permanencia de las desigualdades sociales y la exclusión en salud. In: **Dilemas en salud: Investigación en diálogos con las Ciencias Sociales y Humanas**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 169-189. Desde um viés mais econômico: GAVIRIA, Alejandro; MEDINA, Carlos, *et. al.* Assessing Health Reform in Colombia: From Theory to Practice [with Comments]. **Brookings Institution Press**, v. 7, n. 1, pp. 29-72, 2006. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/20065506?seq=1>> Acesso em: 16 julho 2020. Para o caso brasileiro, veja-se: BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17652; PIVETTA, Saulo Lindorfer. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, p. 209-230, jul./set. 2010.

<sup>334</sup> STRECK, Lenio Luiz. A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (Eigenschaften) solipsistas do direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 1-32, 2010/2011. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/561/373>>.

procedimento abreviado respeitava a aprovação popular, o cumprimento formal da etapa parlamentar, e uma instância de controle constitucional automático.<sup>335</sup>

Por sua vez, o comportamento judicial solipsista atribuído ao Supremo Tribunal Federal se dá, muitas vezes, por meio de façanhas indesejáveis do ponto de vista constitucional. Essas façanhas são muitas vezes contaminadas pela arrogância ou soberba judicial, que, como foi dito, confunde a harmonia entre o constitucionalismo e a democracia. Nesta seção, pretende-se dar mais conteúdo e ilustração, por meio de decisões e/ou julgamentos, a esses e outros comportamentos que constituem um perigo para a eficácia e respeito constitucional. Ao longo desse capítulo foram apresentados alguns casos em que as atitudes do Supremo Tribunal Federal foram vantajosas na criação de parâmetros normativos, na atribuição de competências ou na formulação de uma hermenêutica que podem mudar relevantemente os rumos constitucionais. Entende-se por relevante na medida em que os fenômenos de mudança constitucional influenciam, por exemplo, não só os resultados em larga escala nos comportamentos políticos,<sup>336</sup> mas também afetam toda a estrutura constitucional deliberada pela Assembleia Constituinte.

Em prejuízo ao princípio democrático, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a constitucionalidade de emendas à Constituição que descumprem os prazos formais para o exercício do procedimento de criação de normas, privilegiando, aparentemente, o “diálogo institucional” em detrimento do “ativismo judicial”.<sup>337</sup> Na realidade, a deferência alegada e dispensada pelo diálogo nada mais é do que um monólogo contra a Constituição. O Supremo não reconhece o que a própria Constituição diz.

O diálogo institucional, principalmente desde a atuação do Judiciário, não pode ser visto como um instrumento de ação ou omissão visado a agradar ou desagradar os poderes

---

<sup>335</sup> GARCÍA LÓPEZ, Luísa Fernanda. Constitutional interpretation and Constitution substitution: oscillating between the juridical and the political. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 755-771, set./dez. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i3.74332. Numa análise do caso colombiano à obra de Richard Albert, a autora faz uma análise da decisão COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-699**. Relatora: Maria Victoria Calle Correa, 13 de dezembro de 2016. Assim também, veja-se: DURÁN SMELA, D.; CRUZ GUTIÉRREZ, D. El “fast track”: ¿un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991? **Revista Derecho del Estado**, n. 48, pp. 3-29, dez. 2020. Sobre uma perspectiva atual do tema: RAMELLI, Alejandro. Luces y sombras del ejercicio del test de sustitución en Colombia. **Revista Derecho del Estado**, n. 48, p. 31-50, 7 dez. 2020. Para o autor, atualmente, o “equilíbrio geral” do exercício do controle de constitucionalidade sobre os atos de reforma da Constituição parece identificar decisões que geram inconvenientes com a Constituição. Essas decisões, estão principalmente relacionadas a questões estruturais do Estado que representam também um aumento no número de emendas à constituição nos últimos anos.

<sup>336</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. Self-enforcing constitutional amendments rules: a dialogue with Richard Albert’s Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 733-753, set./dez. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i3.73930.

<sup>337</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4425. Relator. Min. Ayres Britto, 14 de março de 2013.

públicos. A “leniência” do Judiciário frente a temas como a compra e o porte de armas no Brasil ou o descaso do governo com os indígenas em tempos de pandemia, como exemplos, não pode ser compreensível.<sup>338</sup> No diálogo não podem ser negociáveis os mínimos que o Constituinte alcançou com esforço. Qualquer desatenção sobre o tema faz do diálogo um instrumento ineficaz ao serviço da subjetividade.

Por sua vez, essa negação ou desconhecimento da ordem jurídica atual é enquadrada por certo populismo ideológico e por um apelo à moralidade subjetiva dos juízes. O exercício jurisdicional assume uma função soberba: os juízes constitucionais atuam como “atores elitistas” que comprometem o sistema constitucional, em detrimento de sua estabilidade, com decisões que, muitas vezes, vão contra a linguagem do texto constitucional, ignorando-o com interpretações “voluntaristas”.<sup>339</sup>

Os juízes não se preocupam com o que diz à Constituição e optam por soluções que comprometem a estabilidade política ou constitucional, muitas dessas influenciadas por fatores externos e da mídia. Destaca-se, por exemplo, a decisão sobre o afastamento de Eduardo Cunha do cargo de Deputado Federal e de Presidente da Câmara dos Deputados, na qual o Supremo Tribunal Federal, lamentando-se de sua inexistência na ordem jurídica constitucional, criou uma norma constitucional *ad hoc* como poder constituinte permanente sobre a suspensão funcional imediata do Presidente da Câmara.<sup>340</sup>

Da mesma forma, cite-se a decisão de que sucessores eventuais do presidente da República, previstos na Constituição, caso sejam réus em ação penal, não possam exercer a Presidência. Nessa ocasião, através de uma interpretação conforme à Constituição, foi sustentado que as medidas cautelares que não viabilizem o exercício do mandato parlamentar deverão ser avaliadas pela respectiva casa legislativa. Desse modo, o fato de o Congresso poder reverter os efeitos de uma decisão judicial na votação, segundo Conrado Hübner Mendes,

---

<sup>338</sup> MENDES, Conrado Hübner. Vivendo como se não houvesse Bolsonaro. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 12 jan. 2021. Opinião. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2021/01/vivendo-como-se-nao-houvesse-bolsonaro.shtml>.

<sup>339</sup> A posição e as decisões descritas acima são apresentadas por: MEYER, Emilio Peluso Neder. Judicial Responses to Bolsonaroism: The leading Role of the Federal Supreme Court. **Verfassungsblog constitutional on matters**. Disponível em: < <https://verfassungsblog.de/judicial-responses-to-bolsonarism-the-leading-role-of-the-federal-supreme-court/>> .

<sup>340</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação cautelar**, n. 4.070. Relator. Min. Teori Zavascki, 5 de maio de 2016; DE MORAES BAHIA Gustavo Melo Franco; FERNANDES, Bernardo Gonçalves; SILVA, Diogo Bacha; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. O caso O caso Cunha no STF e a defesa da integridade constitucional: a decisão liminar na AC 4.070 e o sentido adequado das prerrogativas e imunidades parlamentares. **Empório do direito**. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/colunas/constituicao-e-democracia>.

coloca em risco o projeto constitucional quando afirma que a desobediência a uma decisão judicial é percebida como legítima.<sup>341</sup>

Nessa continuidade, ao decidir no Mandado de Segurança, o Supremo Tribunal Federal indeferiu a liminar por meio da qual a ex-presidente Dilma Rousseff buscava suspender os efeitos da decisão do Senado Federal que a condenou pelo crime de responsabilidade e a afastou definitivamente do cargo. Segundo o Supremo Tribunal Federal, em particular o argumento do ministro relator, a medida só se justificaria se a sua indisponibilidade fosse verificada de forma a evitar danos "gravíssimos" às instituições e à democracia.<sup>342</sup>

Essa constante afronta à ordem constitucional também se manifestou na decisão que deu lugar à possibilidade de que se inicie a execução da sentença penal condenatória após a confirmação da condenação em segundo grau. Segundo Daniel Wunder Hachem, o Supremo Tribunal Federal, em prejuízo do princípio constitucional da presunção de inocência, fragilizou a democracia. Além de a decisão não encontrar resposta ou justificativa em nenhum fundamento jurídico, e embora o Supremo Tribunal Federal tenha legitimidade para ir além do que está expressamente escrito na Constituição para proteger direitos fundamentais, nunca poderá usar de suas prerrogativas para ofendê-los ou restringi-los, ainda mais quando a liberdade está em jogo.<sup>343</sup>

Outro exemplo: no inquérito das *fake news*, foi criado um procedimento de investigação "heterodoxo" no âmbito do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de iniciar investigações sobre crimes ocorridos nas suas instalações e que tenham como vítima o Supremo Tribunal Federal ou um dos seus membros. Desrespeitando o princípio da legalidade inerente ao processo penal e ao regime acusatório previsto na Constituição, o Supremo Tribunal Federal fundiu as funções acusatórias e judiciais num mesmo órgão. Ressalta-se que, no decorrer desse

---

<sup>341</sup> Na sua ordem: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 402. Relator. Min. Marco Aurélio, 7 de dezembro de 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 5.526. Relator. Min. Luiz Edson Fachin, 11 de outubro de 2017. Sobre el último: RECONDO, Felipe. Aécio Neves, o Supremo e o poder da última palavra. A decisão do STF interpretada. **JOTA**. 12 de outubro de 2017. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=https://www.jota.info/especiais/aecio-neves-o-supremo-e-o-poder-da-ultima-palavra-11102017](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/especiais/aecio-neves-o-supremo-e-o-poder-da-ultima-palavra-11102017)

<sup>342</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança MS**, n. 34.441. Relator. Min. Teori Zavascki, 20 de outubro de 2016. Sobre o assunto veja-se, BERCOVICI, Gilberto. O Golpe do Impeachment. *In*: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio, FILHO, Wilson Ramos. (orgs.). **A resistência ao Golpe de 2016**. Bauru, SP: Instituto Defesa da classe trabalhadora, 2016.

<sup>343</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). **Direito do Estado**, n. 86, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em 3 de dez de 2020. Assim também: SANTANO, Ana Cláudia; DA SILVEIRA, Geovane Couto. Entre democracia, política e ativismo: a relação entre os anseios sociais e o papel do judiciário. *In*: DE ANDRADE, Luiz Gustavo; ARRAES, Roosevelt (org.). **Guardiania Judicial: Entre a segurança jurídica e a política**. Curitiba: Appris, 2018, p. 65-88.



procedimento “heterodoxo”, as contas das redes sociais de aliados do governo foram bloqueadas, a fim de, na opinião do ministro relator, interromper discursos com conteúdo de ódio e instabilidade democrática.<sup>344</sup>

A negação, a ofensa e o desconhecimento da ordem jurídica têm sido uma característica das decisões marcadas pelo populismo ideológico inimigo da democracia. No controle de constitucionalidade da *Lei da Ficha Limpa* (Lei nº 135 de 2010), o Supremo Tribunal Federal decidiu validá-la apesar dos vícios formais por ela apresentados. Além disso, definiu que a lei não violou o princípio da presunção de inocência ao proibir a candidatura de qualquer condenado por crimes contra a Administração Pública antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, decisão que impossibilitou o retorno do ex-presidente Lula da Silva ao cenário político.<sup>345</sup>

A crise política dos últimos anos também permitiu ao Supremo Tribunal Federal posicionar-se, no quadro dos poderes, principalmente no exercício da sua função de foro especializado, como juiz de primeira instância criminal. A decisão que foi a “virada” da política brasileira foi o julgamento do “mensalão”, nome adotado para analisar o suposto caso de esquema, do governo Lula, de compra de apoio parlamentar em troca de cargos em empresas públicas (estatais) e de propinas mensais advindas de contratos públicos superfaturados. Com a decisão do “mensalão”, afirmou-se a competência do Supremo Tribunal Federal para controlar a conduta das mais altas autoridades. Também demonstrou que o exercício desta função de foro especializado não é conciliável com o exercício de outras atribuições, principalmente as constitucionais, do Supremo Tribunal Federal.<sup>346</sup> Outro dos aspectos mais decisivos foi a fixação do Supremo Tribunal Federal e sua permeabilidade com a opinião pública de protagonista para “combater a corrupção no país e consertar a política”.<sup>347</sup>

Concomitante ao “mensalão” e à crise política em torno da destituição da ex-presidenta Rousseff, as investigações relacionadas à operação *Lava Jato* encontraram lugar no

---

<sup>344</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito**, n. 4.781/DF, Relator. Min. Alexandre de Moraes, 14 de março de 2019. Uma análise sobre o assunto: MEYER, Emilio Peluso Neder. *Judicial Responses to Bolsonaroism: The leading Role of the Federal Supreme Court*. **Verfassungsblog constitutional on matters**. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/judicial-responses-to-bolsonarism-the-leading-role-of-the-federal-supreme-court/>> .

<sup>345</sup> Veja-se: SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 117, p. 193-217, 2018; VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos poderes**: São Paulo: Companhia das Letras, p. 196-197.

<sup>346</sup> Segundo Oscar Vilhena Vieira, “*A partir do julgamento da ação penal 470, o mensalão, o Supremo experimentou o enorme poder que essa atribuição, até então dormente, lhe conferia, assim como os pesados custos da superexposição e da tensão política decorrente do julgamento de altas autoridades*”. VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos poderes**: São Paulo: Companhia das Letras, p. 168.

<sup>347</sup> RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 205.

Supremo Tribunal Federal. Embora alguns casos já tenham sido referenciados, a importância dessa questão, entendida como um todo, contribuiu para a crise que o Brasil vive atualmente e para o fortalecimento de uma “ideologia da forma” do Judiciário e da imprensa. Para o mundo, narra-se a operação *Lava Jato* como um "ator institucional" no combate à corrupção, bem como a solução mais plausível para a política brasileira, quando nada mais foi do que um processo repleto de contradições, que manifestou o pânico moral da burguesia e que, entre outras coisas, deu origem à ascensão de Jair Bolsonaro ao poder.<sup>348</sup>

Outra questão que constata a afronta contra a ordem jurídica e democrática, plural e deliberativa, corresponde ao individualismo atual nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Esse individualismo predominante refere-se mais à proliferação de decisões baseadas em uma função monocrática. E, apesar de ser uma forma mais do que uma decisão, contribui para a promoção de um comportamento judicial solipsista. No Brasil, os poderes individuais dos ministros têm influenciado não só os processos políticos, mas o comportamento de atores externos. Decisões monocráticas, brevemente referenciadas, como a constitucionalidade da Lei nº 9.026 de 1995 e da Lei nº 9.504 de 1997 sobre o financiamento eleitoral de partidos políticos, por exemplo, representam a proliferação de “jurisprudência pessoal” que compõem o repertório do Supremo Tribunal Federal.<sup>349</sup>

Segundo Fabrício Castagna Lunardi, os ministros do Supremo Tribunal Federal têm usado seus poderes individuais para decidir de maneira monocrática, medidas liminares, controlar o *timing* do processo e utilizar o poder de pauta para implementar sua agenda individual de forma não autorizada pela Constituição de 1988. O autor argumenta que, por meio de decisões liminares, foram julgadas questões que transformaram o cenário político do país, como a suspensão da indicação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para ministro da Casa Civil do governo da presidenta Rousseff;<sup>350</sup> a suspensão da tramitação e a determinação que se reiniciasse o projeto de lei sobre medidas contra a corrupção; a ordem de dar

---

<sup>348</sup> BELLO, Enzo; CAPELA, Gustavo; KELLER, Rene José. Operação Lava Jato: ideologia, narrativa e (re)articulação da hegemonia. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, 2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/53884.

<sup>349</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 46, v.1, jan/jun 2015. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.46.781>

<sup>350</sup> Segundo Eneida Desiree Salgado, “*Para anular uma nomeação de um ministro de Estado tida como “imoral”, um magistrado considerou existente direito líquido e certo para defesa da ordem institucional no afastamento de “ilícito atípico” fundado em “confissão extrajudicial” extraída de conversa gravada após ordem judicial para suspensão da interceptação e divulgada em nome do interesse público*”. SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 117, p. 193-217, 2018.

continuidade ao processo de *impeachment* do Vice-Presidente Temer na presidência da Câmara dos Deputados.<sup>351</sup>

Malgrado a realidade obrigue ao Supremo Tribunal Federal a conhecer sobre os assuntos com maior impacto na sociedade e entender que nem todos os assuntos possuem tanta relevância, a realidade necessária não pode equivaler a uma discricionariedade injustificada ou à satisfação de interesses particulares (um assunto cuja análise pode se dar em sede da Corte Constitucional).<sup>352</sup> Essa necessidade é reforçada pela força que o precedente tem assumido nos últimos anos. No Brasil, a partir da emenda constitucional nº 45 de 2004, foram instituídas “súmulas vinculantes” para fortalecer a autoridade e vincular as demais instâncias judiciais e administrativas ao entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional. O respeito e a sujeição ao precedente, às vezes decidido de forma monocrática, refletem riscos para o Supremo Tribunal Federal, onde não tem funcionado devido à resistência dos ministros em “abrir mão” dos seus próprios poderes em benefício do colegiado.<sup>353</sup>

Contudo, a afronta à Constituição, principalmente no Supremo Tribunal Federal, é uma constante que pode alertar o exercício da função jurisdicional constitucional na Colômbia. Comportamentos judiciais solipsistas e para além da Constituição decepcionam a construção do Estado. A entrada dos tribunais na arena política não é um assunto pacífico e generalizado, a política é tão diversa quanto seus interesses. O perigoso é quando esses instrumentos se tornam fonte de estímulos de restrições nos tribunais;<sup>354</sup> quando a decisão é mais populista do que crível; quando mesmo sólidos, os argumentos jurídicos são substituídos por julgamentos

---

<sup>351</sup> Em sua ordem: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança MS**, n. 34070. DJe-054. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de março de 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança** n. 34.530, Relator Ministro Luiz Fux, 14 de dezembro de 2016, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança**, n. 34.087, Relator. Min. Marco Aurélio Melo, 5 de maio de 2016. Essas decisões foram analisadas por LUNARDI, Fabrício Castagna. Os poderes hipertróficos do relator no STF, o desmembramento constitucional e o golpe de Estado jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 877-899, set./dez. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i3.63845.

<sup>352</sup> Na Colômbia, por exemplo, a ambição de um juiz o levou a decidir numa ação de tutela a favor de uma petroleira. O fato de receber dinheiro para sua gestão, levou-o a ser o primeiro magistrado da Corte condenado criminalmente em primeira instância, deixando a Corte no início de um caminho com confiança em discussão. É necessário esclarecer que embora a decisão tenha sido impugnada, a primeira instância, da competência da Câmara Especial da Corte Suprema de Justiça o declarou responsável pelo crime de concussão, condenando-o a seis anos e meio de prisão.

<sup>353</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos poderes**: São Paulo: Companhia das Letras, p. 170. De acordo com o autor “isso gera dois problemas gravíssimos. O primeiro se refere ao fato de que, na imensa maioria dos casos, a jurisdição do Supremo é exercida apenas por um de seus membros. Em segundo lugar, ao fato de que a agenda do colegiado é, na prática, definida a partir daquilo que os seus membros decidem que não julgaram monocraticamente”. P. 169. Ver também, TORTOLERO, Francisco. El secreto de las deliberaciones judiciales a debate. **Revista de la Facultad de Derecho de México**. v. 56, n. 245, 2006. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2006.245.61698>.

<sup>354</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 46, v.1, jan/jun 2015. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.46.781>

de valor subjetivos que obscurecem o dever da "humildade constitucional".<sup>355</sup> São esses comportamentos judiciais que sufocam a democracia.<sup>356</sup>

---

<sup>355</sup> GARNETT, Richard. Debate: Judicial Activism and its Critics. **University of Pennsylvania Law Review**. Legal Studies Research Paper No. 06-36, Vol. 155: 112, 2006, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=947521> p. 112-127.

<sup>356</sup> DALY, Tom. Democratic Decay: Conceptualizing an Emerging Research Field. **Hague Journal on the Rule of Law**, v. 11, pp. 9–36, 2019. <https://doi.org/10.1007/s40803-019-00086-2>.

## **Capítulo 4. Caminhos para um melhor desempenho da jurisdição constitucional: A construção de “ideais reguladores” para a Corte Constitucional e o Supremo Tribunal Federal**

A definição de princípios ou uma espécie de "ideais reguladores" – capazes de nortear os esforços institucionais, de compreender o diagnóstico dos modos de funcionamento, de entender o tratamento do desempenho institucional e de alertar e propor a correção de possíveis imperfeições e de novos caminhos para função jurisdicional – permitiria a estabilidade institucional, só plenamente efetiva quando se conta com a força política e social para mobilizar as mudanças que as instituições e a sociedade exigem.<sup>357</sup>

Esses ideais reguladores estruturam-se em dois eixos: o exercício hermenêutico e a institucionalidade nos tribunais constitucionais. Com relação ao exercício hermenêutico, encontram-se algumas ideias concretas no Poder Legislativo e desde a intervenção cidadã que poderiam ser adaptadas, dando-se preferência por métodos consensuais baseados no diálogo institucional. Já no que tem a ver com a institucionalidade nos tribunais constitucionais, analisa-se a redistribuição de poderes; a redução ao máximo do exercício de poderes monocráticos; uma melhor qualificação no processo deliberativo dos tribunais constitucionais e na procura de estratégias de diálogo institucional.

Partindo desses ideais reguladores, pretende-se analisar alguns caminhos para melhorar o desempenho da jurisdição constitucional, em particular da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal. Esta análise é composta por duas etapas e uma reflexão particular. As duas etapas são compostas pelos eixos acima referidos: um diagnóstico e um tratamento, tanto do exercício hermenêutico quanto do esforço institucional. A reflexão particular refere-se aos novos caminhos para a judicialização dos direitos sociais e a redução das desigualdades materiais, esta última como questão destacada.

### **4.1. Diagnóstico da situação de emergência com base no exercício hermenêutico e da institucionalidade nos tribunais constitucionais**

Ao longo desta dissertação foram apresentadas algumas situações que colocam em xeque a legitimidade e a institucionalidade da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal

---

<sup>357</sup> A expressão é uma tradução ao português, do original “ideal regulativo” proposta por GARGARELLA, Roberto. *La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020, p. 48.

Federal. Para além das relacionadas com a judicialização dos direitos sociais – que serão analisadas na última secção – as situações são geralmente justificadas pelo carácter ambicioso das Constituições de 1988 e 1991, bem como pela politização do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional; e, particularmente, correspondem a feitos indesejáveis do ponto de vista constitucional, por (muitas) vezes contaminados pela arrogância judicial, por atitudes vantajosas particulares na criação de parâmetros normativos; pela atribuição de poderes que podem mudar relevantemente o curso constitucional; e pelo populismo ideológico e o apelo à moralidade subjetiva dos juízes; entre outros.

Essas circunstâncias permitem fazer um diagnóstico que pode ser apresentado em duas categorias que evidenciam a emergência pela qual passa a jurisdição constitucional: (1) a partir do exercício hermenêutico ou interpretação da Constituição e (2) a partir da institucionalidade da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal.

(1) *Diagnóstico a partir do exercício hermenêutico ou de interpretação da Constituição.* A superação da discussão sobre a extinção ou manutenção da jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade deu lugar a polémicas sobre a forma de seu exercício. Segundo Carlos Bernal Pulido, o esforço para dar uma solução a essa polémica tem levado a doutrina a desenvolver extensos catálogos de diretrizes de conduta que os juízes constitucionais devem observar, os quais são variados e divergentes entre si, pois correspondem a múltiplas concepções do Direito, do Estado e da Constituição. Apesar da tentativa ou esforço, as polémicas são e serão constantes.<sup>358</sup>

Parece que responder quando uma sentença ou decisão é juridicamente fundamentada é simples. No entanto, a complexidade por trás dessa questão se encontra na racionalidade das decisões judiciais. A decisão ou sentença racional é aquela que atende e respeita devidamente as regras da lógica e da argumentação, que é construída sobre as normas relevantes e pertinentes. Por sua vez, como defende Atienza, a decisão deve ser consistente, eficiente, coerente, geral e sincera. Não se espera que todos os elementos avaliativos e subjetivos das decisões sejam deixados de fora, mesmo que a decisão satisfaça a todos os interlocutores, por isso se indica que a racionalidade de cada decisão é relativa.<sup>359</sup>

Segundo Roberto Gargarella, se o problema de interpretação não existisse ou fosse fácil de resolver, não daria lugar à discussão e oposição diante da dificuldade contramajoritária.

---

<sup>358</sup> BERNAL, Carlos. En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes. *Revista Derecho del Estado*, n.7, dez, 1999, pp. 121-138.

<sup>359</sup> BERNAL, Carlos. En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes. *Revista Derecho del Estado*, n.7, dez, 1999, pp. 126-134.

Pelo contrário, se a brecha da interpretação não pode ser fechada porque as discordâncias e as razões para interpretar a Constituição são cada vez mais amplas, o problema da legitimidade democrática relacionada a quem interpreta se torna uma questão extremamente radical. A questão de quem decidirá o significado último da Constituição em nome do povo e a legitimidade desse significado não é uma questão que pode ser reduzida à clássica solução simplista e falaciosa do juiz constitucional invalidando determinada regra se corresponder à desobediência ou desrespeito à Constituição por parte dos legisladores; ao contrário, os juízes devem se esforçar ou encorajar a busca por alternativas.<sup>360</sup>

Além da necessidade de procurar alternativas, as teorias clássicas de interpretação – originalista e vivente – apresentam uma dificuldade, por mais válidas e legítimas que sejam. Se a norma ou o caso julgado pela Corte Constitucional ou pelo Supremo Tribunal Federal parecer compatível com o significado original da Constituição, com sua origem e significado constituinte, também pode ser diametralmente incompatível com seu significado vivo, olhando para o presente. Questões que serão de atenção comum pelos tribunais no futuro próximo, como a privacidade através do uso de tecnologias e regimes de proteção de dados, implicarão uma nova e mais atual leitura da igualdade, por exemplo.<sup>361</sup> Embora não haja acordo sobre como ler o Direito, será preciso dar maior atenção ao problema motivacional da justiça constitucional e como esse problema deve ser lido.

A motivação dos juízes envolve não apenas a ideologia que eles parecem defender por trás de suas posições, origens ou laços de nomeação, mas também os incentivos políticos que eles usam para colonizar o Judiciário. Embora não possa ser absoluto pensar que um juiz indicado ou nomeado por um presidente, que parece professar uma certa ideologia, a levará em conta ao decidir, ele pode optar por defender sua independência e pensar de forma diferente, sempre com base nas fontes do Direito – a realidade na Colômbia e no Brasil é da existência de uma dependência política da justiça, pelo menos na eleição. Nas palavras de Gargarella, isso corresponde a um temível coquetel em termos constitucionais, mas ao mesmo tempo muito reconhecível na maioria dos países da região.<sup>362</sup>

Outro diagnóstico que alerta para o exercício hermenêutico da jurisdição constitucional corresponde à literalidade da Constituição. Muito embora em princípio pareça

---

<sup>360</sup> Esta análise corresponde à segunda tese: “*sobre la degradación del sistema de controles (y del control judicial, en particular*”. GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020, p. 16.

<sup>361</sup> GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020, p. 18.

<sup>362</sup> GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020, p. 23.

que essa advertência é supérflua, foram vistos casos em que não só os juízes constitucionais lamentam a existência de uma certa figura jurídica na Constituição, mas também, por estar consagrada, omitem-na ou simplesmente vão contra ela. Deve-se notar que a Constituição como um todo é abstrata em muitas de suas disposições, mas há casos em que não há espaço para interpretação contrária à Constituição, quando esta é evidente.

Por exemplo, na discussão sobre a possibilidade ou não de reeleição dos presidentes de cada uma das câmaras que compõem o Congresso Nacional, e apesar da consagração literal do § 4º do artigo 57 da Constituição Federal de 1988 (o mandato dos respectivos conselhos de administração é de dois anos, vedada sua recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, a partir de sua eleição em 1º de fevereiro, correspondente ao primeiro ano da legislatura), vários dos julgamentos dos ministros foram expressamente contrários à Constituição.<sup>363</sup>

(2) *Diagnóstico a partir da institucionalidade da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal.* O diagnóstico a partir da institucionalidade da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal, proposto nesta dissertação, compreende três pontos fundamentais: (a) a redistribuição das competências e a redução ao máximo do exercício das competências monocráticas; (b) uma melhor qualificação de processo deliberativo; e finalmente, como indicado no ponto anterior, (c) a procura de estratégias para o diálogo institucional.<sup>364</sup>

(a) *A redistribuição das competências e a redução ao máximo do exercício das competências monocráticas.* A redistribuição de competências, principalmente no Supremo Tribunal Federal, é motivo de preocupação. Não se recomenda que um mesmo tribunal tenha jurisdição como corte constitucional, como tribunal de última instância e como foro

<sup>363</sup> Na ADI 6.524, julgada em 6 de dezembro de 2020, os ministros votaram a favor da reeleição não permitida pela Constituição: Gilmar Mendes (relator do processo); Dias de Toffoli; Ricardo Lewandowski, Nunes Marques e Alexandre de Moraes. Por sua vez, a maioria, que julgou que a Constituição proíbe a reeleição de dois presidentes da Câmara e do Senado, foi composta pelos ministros: Marco Aurélio; Rosa Weber; Carmen Lúcia; Luís Roberto Barroso; Luiz Fux e Edson Fachin. Uma vitória agridoce, pois é evidente que ignorar a Constituição pode estar muito perto de ter o voto da maioria, como aconteceu em alguns casos já discutidos. RECONDO, Felipe. STF julga ser inconstitucional reeleição dos presidentes de Câmara e do Senado: Repercussão negativa do voto de Gilmar Mendes mudou a tendência do tribunal. **JOTA**. 06 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-julga-ser-inconstitucional-reeleicao-dos-presidentes-da-camara-e-do-senado-06122020>.

<sup>364</sup> Segundo Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, o diálogo institucional “*no Brasil, possui caráter amplamente normativo, ou seja, o diálogo institucional efetivo entre as instituições é um projeto a ser consolidado por meio de uma modificação da compreensão das funções dos Poderes como atribuições estanques*”. Esse diálogo corresponde com um projeto de interação com os outros poderes, inclusive com o povo. Nesse sentido é o que se propõe neste trabalho. CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>, p. 199.



especializado. A combinação destas três competências não só tem cedido ao poder monocrático e, conseqüentemente, gerado uma redução na confiança da sociedade; permite, também, que a agenda do Supremo Tribunal Federal seja definida com base no que os ministros decidem que querem julgar, configurando assim uma seletividade que pode ser prejudicial à democracia.<sup>365</sup>

Por sua vez, o exercício de qualquer uma de suas funções específicas, como corte, como foro ou como tribunal de última instância, mas principalmente como foro especializado, traz um diagnóstico preocupante. O Supremo Tribunal Federal não está equipado para analisar o rigor dos fatos, e a solução não é expandir a capacidade institucional. O argumento ou teoria das capacidades institucionais<sup>366</sup> para resolver problemas interinstitucionais, tomando a análise comparada como referência, é uma aposta cuja eficácia não se limita à referência nominal, mas também depende de considerações empíricas sobre os efeitos. Esse argumento pode ser resumido num nível teórico e conceitual e, neste sentido, está muito próximo da banalidade, pois encontra limites na realidade, em condições não ideais.<sup>367</sup> Especificamente, invoca-se a capacidade institucional para acrescentar a eficácia do trabalho jurisdicional. Isso não significa que o tempo de trabalho seja distribuído para as três competências, pois parece ter um desequilíbrio em favor das múltiplas instruções criminais que chegam ao Supremo Tribunal Federal, e em detrimento de seu papel como um tribunal constitucional.<sup>368</sup>

De acordo com o acima exposto, outro dos diagnósticos revela a importância de reduzir ao máximo o exercício das competências monocráticas. Uma grande parte das decisões monocráticas está destinada a apreciar, originalmente e em caráter de urgência, atos secundários de governança interna do Legislativo ou do Executivo, tornando-o um tribunal de assuntos políticos e internos do político.<sup>369</sup> O uso de poderes individuais para a tomada de decisões monocráticas tem transformado o cenário político no Brasil e da mesma forma tem sido a forma mais utilizada para agir com autoridade e evitar um julgamento colegiado, dando prevalência à vontade, ao subjetivismo além da razão. A desculpa comum atribuída a seu uso corresponde à

---

<sup>365</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos poderes**: São Paulo: Companhia das Letras, p. 167-168; p. 211-212.

<sup>366</sup> Segundo Diego Werneck Arguelhes, “a referência às “capacidades” de juízes e tribunais pretende realçar as habilidades, recursos, condições e limitações concretas dessas instituições no exercício da função jurisdicional”. Por outro lado, também, o exercício dessas capacidades “se desenvolve em arranjos marcados pela pluralidade de atores judiciais e não-judiciais, cada um com suas diferentes capacidades, recursos e mecanismos para fazer escolhas – seja entre decisões específicas, seja entre decisões sobre como tomar decisões”. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. P. 6-7 Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/24322>, Acesso em: 15 de julho de 2020.

<sup>367</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, jan./jun 2011. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/24322>, Acesso em: 15 de julho de 2020.

<sup>368</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos poderes**: São Paulo: Companhia das Letras, pp. 167-168.

<sup>369</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos poderes**: São Paulo: Companhia das Letras, p. 168.

sobrecarga de trabalho.<sup>370</sup> É por isso que a redistribuição de competências, a transformação de sua estrutura funcional e a superação teórica das "capacidades institucionais" estão amplamente relacionadas com o exercício do poder monocrático.

Por outro lado, as reformas legislativas e emendas constitucionais para o Judiciário, assim como a consequente inclusão de mecanismos como a Repercussão Geral e as Súmulas Vinculantes para reservar a atenção decisória do Supremo Tribunal Federal aos casos mais controversos ou importantes, parece que não têm sido as melhores soluções para tratar do volume de casos que chegam a esse tribunal. Muito embora as reformas institucionais legislativas ou reformas constitucionais sobre o Judiciário sejam valiosas para lidar com esse problema, na prática significa deixar à disposição do Supremo Tribunal Federal e dos ministros mecanismos para tomar decisões que não refletem a posição do Tribunal sobre a solução do problema em consideração, mesmo que algumas das decisões fossem colegiadas.<sup>371</sup>

Embora o poder monocrático esteja aumentando, há evidência da falta de decisões colegiadas para julgar as questões no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Segundo Miguel Gualano de Godoy, os ministros não têm sido pródigos só em suas ações individuais, mas também na concessão de medidas cautelares monocráticas em ações de controle abstrato, especialmente em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI); este último é um diagnóstico perigoso, pois a Constituição não conferiu um poder individual na decisão do Supremo Tribunal Federal, mas sim como um órgão colegiado.<sup>372</sup>

(b) *Uma melhor qualificação de processo deliberativo.* O déficit deliberativo das decisões devido à ausência de uma troca de argumentos entre os ministros ou juízes antes ou durante as sessões de julgamento, assim como a ausência de unidade institucional na tomada de decisões dentro do tribunal constitucional, corresponde a um diagnóstico que tem gerado atenção principalmente no Supremo Tribunal Federal.<sup>373</sup>

Segundo Conrado Hübner Mendes, não basta que os juízes ouçam várias vozes, que apoiem suas decisões com razões públicas adequadas às quais a comunidade deve aderir, mas

---

<sup>370</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. Os poderes hipertróficos do relator no STF, o desmembramento constitucional e o golpe de Estado jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 877-899, set./dez. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i3.63845.

<sup>371</sup> PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; COUTO FERNANDES DE ALMEIDA, Guilherme da Franca. Quem decide no Supremo? Tipos de decisão colegiada no tribunal (1988-2018). **Supremo em números. FGV Direito Rio**. v.8, 2020.

<sup>372</sup> Sobre o assunto veja-se: DE GODOY, Miguel Gualano. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, Ahead of print, 2020, DOI: 10.1590/2179-8966/2020/44292

<sup>373</sup> HACHEM, Daniel Wunder; PETHCHUST, Eloí, Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n.121, pp. 203-250, jul./dez, 2020.

também a forma como essas decisões são tomadas, o que faz com que o exercício da função jurisdicional constitucional pareça uma tarefa desencorajadora. Em seu entendimento, a teoria constitucional trata não só sobre o que decide um tribunal constitucional, mas também da maneira como ele deve decidir, ou seja, os tribunais devem se preocupar em serem deliberativos, o que pode acarretar a perda dos benefícios que são necessários para o regime político. Existe então a preocupação de que a posição de um tribunal constitucional como foro deliberativo seja defendida sem que se tenha argumentos suficientes para formar tal foro.<sup>374</sup>

No caso do Supremo Tribunal Federal, além da necessidade de decisões colegiadas, é indispensável uma qualificação do processo deliberativo. Para Oscar Vilhena Vieira, o fato de haver um debate no Supremo Tribunal Federal é positivo, entretanto, o grande número de casos, a falta de tempo de preparação e os comentários dos ministros, bem como a insuficiência na articulação da redação das decisões para distinguir claramente os fatos, o problema jurídico e os critérios para a tomada de decisões são fatores que restringem a autoridade da jurisprudência.<sup>375</sup>

Deve-se ter cuidado ao projetar espaços de deliberação para dar origem a novas vozes e opiniões complementares, apesar do fato de que desde um camarote de espectadores, tanto as audiências públicas como os *amici curiae* correspondem a uma abertura do Supremo Tribunal Federal à sociedade – que deve ser reconhecida como fundamental, pois colabora com o processo de tomada de decisão.<sup>376</sup> Por exemplo, no caso das audiências públicas realizadas para ampliar o caráter deliberativo e incentivar o diálogo entre os diferentes atores institucionais, civis, especialistas cientistas e institucionais, os ministros as associaram a grandes expectativas quanto à legitimidade de suas decisões, bem como os ganhos informacionais propiciados por esse processo decisório. Sobre esse fato, parece haver uma grande distância entre o discurso e a prática, principalmente na maneira como essas audiências têm sido utilizadas. Isto não significa que esse mecanismo não seja uma ferramenta importante para ligar o Estado e a sociedade; o problema está no amplo grau de discricionariedade e na posição privilegiada que a discricionariedade ocupa, assim como na ausência de garantias institucionais para sua inclusão no processo.<sup>377</sup>

---

<sup>374</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Cortes Constitucionales y democracia deliberativa**. Madrid: Marcial Pons, 2018, pp. 255- 258.

<sup>375</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos poderes**: São Paulo: Companhia das Letras, p. 167-168; p. 212.

<sup>376</sup> Essa defesa é uma conclusão do DE GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao Povo**. Crítica à Supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 200.

<sup>377</sup> MARONA, Marjorie Corrêa; DA ROCHA, Marta Mendes. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Sociologia e Política**. v. 25, n. 62, pp. 131-156, jun. 2017, DOI 10.1590/1678-987317256206.

Além do problema do privilégio da discricionariedade, é possível demonstrar que as audiências públicas, principalmente no Supremo Tribunal Federal, foram utilizadas de forma incoerente e inconsistente: (i) a incoerência está na tentativa de atribuir a essas audiências a mesma função de legitimidade democrática; (ii) a inconsistência está relacionada com a operacionalização das audiências sem parâmetros claros.

(i) *A incoerência*. É inconsistente equiparar funções das audiências públicas aos *amici curiae*. Existem razões suficientes para separar dois institutos: audiências públicas, cujas funções visam a contribuir e a preencher lacunas no conhecimento dos tomadores de decisão; e *amici curiae*, destinados a compensar os déficits democráticos.<sup>378</sup>

Em outras palavras, existe atualmente uma proximidade funcional entre as audiências e os *amici curiae*, a diferença está apenas nos caminhos pelos quais a sociedade pode se fazer ouvir, seja por demanda ativa do Supremo Tribunal Federal ou por provocação ativa da sociedade. Essa proximidade funcional supõe que o Supremo Tribunal Federal reúna opiniões diversas, mas não necessariamente que obtenha mais informações para decidir. Não se pretende ignorar o papel democrático que a participação dos diferentes atores cumpre, mas a problemática da questão está na qualificação do argumento científico, nas características que são exercidas para que os argumentos sejam aceitos pelo Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, esses instrumentos vem se levantando como um “fornecimento do mercado de ideias” para fortalecer a legitimidade democrática além daquela para enfrentar questões de fato; esse reforço foi justificado nos princípios da igualdade e da liberdade de expressão, com a ausência de uma “autoridade epistemológica” dos participantes, o que gera uma desorientação no conhecimento exigido pela decisão.<sup>379</sup>

(ii) *A inconsistência*. O diagnóstico sobre a ausência de parâmetros para realizar as audiências indica que, na prática, não há critérios para a convocação de audiências públicas e para a definição de quem tem direito ou habilitação para participar. Isso implica baixos níveis

---

<sup>378</sup> “O instituto da audiência pública está previsto na Lei 9.868 de 1999 – que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) perante o STF – e na Lei 9.882 de 1999, que trata do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal”. LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56328. Sobre a influência do *amicus curiae*, veja-se: COSTA, Beatriz Castilho. **A influência exercida pelo *amicus curiae* nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal nos acórdãos das ações diretas de inconstitucionalidade decididas majoritariamente**. Rio de Janeiro, 115 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012.

<sup>379</sup> LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56328.p. 360-367.

de interação e de confronto entre os participantes, e uma pouca relação entre essa interação e as decisões. O diálogo parece ter remetentes e não destinatários, a comunicação sofre de um caráter de identidade, pois é utilizada pelos ministros para confirmar suas crenças ou confirmar hipóteses pré-existentes além de fornecer uma solução para o caso.<sup>380</sup>

Por fim, no caso colombiano, o diagnóstico sobre a qualificação do processo deliberativo supõe entender que o exercício da jurisdição constitucional está enquadrado num "constitucionalismo autêntico", com um controle jurisdicional efetivo, o que lhe atribui a qualidade de "modelo de prestígio" entre os sistemas latino-americanos.<sup>381</sup> Essa atribuição de Toniatti justifica a ideia segundo a qual o constante diálogo público, que muitas vezes acompanha a Corte Constitucional, supera as críticas ao déficit de deliberação e ao contato do juiz com a sociedade.<sup>382</sup> Mesmo assim, essa parceria entre diálogo e instituições é reforçada, na maioria das vezes, no acesso do cidadão ao controle de constitucionalidade, ou seja, por intermédio da ação pública de inconstitucionalidade. Porém, a estrutura e o prestígio do qual usufruem a Corte Constitucional devem ser lidos com cuidado, caso contrário, podem cair nos mesmos erros apresentados para o caso brasileiro.

Segundo Jorge Roa, a ação pública colombiana é exercida para determinar as normas sobre as quais a Corte Constitucional deve decidir. Essa ação se dá por meio de uma demanda individual, com o apoio de advogados e/ou organizações públicas que participam das audiências de intervenção pública convocadas nos processos para expressar ou não a conformidade com a decisão judicial. O autor destaca especificamente o mecanismo como uma audição de expressões de minorias não ouvidas durante o processo legislativo, bem como um cenário deliberativo dentro do processo de constitucionalidade.<sup>383</sup>

<sup>380</sup> LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56328.p.367-368.

<sup>381</sup> TONIATTI, Roberto. Presentación. La contribución de la acción pública colombiana en el contexto comparado de la jurisdicción constitucional: Una hipótesis de "constitución militante". In: ROA, Jorge Ernesto. **La acción pública de constitucionalidad a debate**. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 20-21.

<sup>382</sup> Este diálogo assume os seguintes postulados "i). *El control judicial de la ley es una forma especial de diálogo público*; ii). *Los participantes del dialogo son el legislador, los ciudadanos y los jueces*; iii). *El diálogo se caracteriza porque los jueces no tienen la competencia para decidir los temas que van a comprar la agenda, estos temas son definidos por el legislador y por los mismos ciudadanos*; iv) *los jueces no pueden rehusarse a participar el diálogo; como consecuencia de esto último, v). los jueces no pueden rehusarse a escuchar a todos los participantes del diálogo*; vi) *los jueces están obligados a emitir una respuesta a los argumentos del legislador y de los ciudadanos*; vii). *El contenido de la respuesta que deben dar los jueces no puede obedecer a sus convicciones personales, ni a las preferencias ciudadanas*; viii). *Los jueces deben fundamentar sus respuestas, y iv). Los jueces deben firmar y responder públicamente por sus respuestas*". ROA, Jorge Ernesto. **Control de constitucionalidad deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia & Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid, 2019, pp. 39-40.

<sup>383</sup> ROA, Jorge Ernesto. **La acción pública de constitucionalidad a debate**. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 42. Assim também: ROA, Jorge Ernesto. *La independencia de la Corte Constitucional de*

O cuidado que merece essa leitura se justifica na intervenção civil e institucional sobre os princípios da igualdade e da liberdade de expressão, princípios esses que identificam a ação pública de inconstitucionalidade. Da mesma forma, é preciso atentar-se para a ideia de que só o diálogo público contribui na superação das falências da deliberação interna de uma corte ou um tribunal constitucional, que, muito embora seja importante essa ideia, não é a única forma de superar essas falências, pois o valor epistemológico é um dos elementos que devem ser considerados. Se a Corte Constitucional ou o Supremo Tribunal Federal recorre ao uso do conhecimento especializado ou à opinião dos especialistas, teria que se desenvolver numa “tarefa epistemológica difícil e controversa”, discernindo a informação confiável ou não para cada caso analisado.<sup>384</sup>

(c) *A procura de estratégias para o diálogo institucional.* O diagnóstico que precede a procura de estratégias de diálogo institucional é transversal às categorias que denotam a emergência atual da jurisdição constitucional, desde a hermenêutica ou interpretação da Constituição até a institucionalidade da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal. Partindo da ideia de institucionalidade, o diálogo é apresentado como um elemento necessário para a compreensão da redistribuição de competências, para a redução ao máximo do exercício das competências monocráticas e para uma melhor qualificação do processo deliberativo. Porém, essa transversalidade merece ênfase independentemente da sua importância, atualidade e forma de operação.

Um diagnóstico preliminar sobre a necessidade de se procurar estratégias para o diálogo institucional indicaria, desde uma perspectiva waldroniana, que em sistemas de controle constitucional forte, como na Colômbia e no Brasil, o diálogo poderia ser, na verdade, um monólogo, uma vez que os juízes têm tudo a ganhar. Haveria então um cenário de assimetria, no qual os legisladores – como sujeitos representativos – tendem a ouvir os juízes mais do que o contrário. Portanto, superar o ceticismo sobre o diálogo seria mais promissor em sistemas de controle fracos, nos quais a declaração de constitucionalidade sobre uma lei não conclui o assunto.<sup>385</sup>

Além disso, a leitura desse diagnóstico não pode ser absoluta, pois, embora um diálogo seja "mais viável" em sistemas com um controle de constitucionalidade fraco, a

---

Colombia y la Acción Pública de Constitucionalidad. In. **Serie 36. Documentos de Trabajo. Departamento de Derecho Constitucional.** Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2015.

<sup>384</sup> LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56328.

<sup>385</sup> WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces.** Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI, 2018. p. 17-20.

possibilidade de diálogo desde a perspectiva do Waldron implica também em satisfazer quatro condições quase que ideais (ou ao menos muito distantes ou exigentes para sistemas como o colombiano e o brasileiro). Essas condições são: (i) instituições democráticas razoavelmente funcionais, compostas por uma legislatura representativa eleita com base no sufrágio universal dos adultos; (ii) existência de um Judiciário forte, independente, organizado, hierárquico, não representativo e incontrolável do ponto de vista eleitoral (iii) um compromisso da maioria dos membros da sociedade, bem como dos funcionários públicos, com o ideal de respeito aos direitos individuais e reconhecimento das minorias; e (iv) a existência de uma discordância persistente, substancial e de boa fé entre os membros da sociedade sobre os direitos, a extensão de seu compromisso e suas implicações.<sup>386</sup>

Nesse sentido, as circunstâncias relativas ao diagnóstico da procura de estratégias para o diálogo institucional estão orientadas para a falta de condições adequadas, sejam elas normativas ou estruturais, para realizá-lo. Essas circunstâncias significam que não é plausível optar por uma defesa da supremacia legislativa ou judicial. Segundo Rosalind Dixon, seguindo os postulados de um constitucionalismo cooperativo num entendimento dialógico, o processo legislativo estaria sujeito a uma série de bloqueios derivados da possibilidade de se produzir pontos cegos (“*blind spots*”), bem como a um ônus da inércia (“*burdens of inertia*”), no procedimento de elaboração normativa. Há a possibilidade de os legisladores não reconhecerem que uma lei pode ser aplicada de forma a infringir direitos pela pressão de tempo que acompanha as deliberações legislativas – os pontos cegos de aplicação (“*blind spots of application*”). Da mesma forma, os legisladores podem falhar não prevendo o impacto das leis sobre os direitos quando não apreciam a perspectiva dos requerentes, suas condições, experiências e pontos de vista – pontos cegos de perspectiva (“*blind spots of perspective*”). Ainda, quando os legisladores que se concentram num objetivo legislativo particular, com experiência jurídica limitada, podem não estar preparados para perceber as maneiras pelas quais uma garantia baseada em direitos pode ter espaços/pontos cegos de acomodação (“*blind spots of accommodation*”).<sup>387</sup>

Se esses pontos cegos e o ônus da inércia constroem o diagnóstico para o diálogo institucional, a partir da perspectiva do Legislativo, desde o Judiciário, especificamente dos tribunais constitucionais como a Corte Constitucional ou o Supremo Tribunal Federal, existe a

---

<sup>386</sup> ROA, Jorge Ernesto. Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá. **Revista Derecho del Estado** n. 44, set. /dez de 2019, pp. 57-98

<sup>387</sup> DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **I•CON**, v. 5, n. 3, 2007, pp. 391–418 doi:10.1093/icon/mom021; DIXON, Rosalind. **Democracy and dysfunction: Towards a responsive theory of judicial review**. *No prelo*.

preocupação com a responsabilidade direta de usar os poderes comunicativos e coercitivos dos juízes para lançar luz sobre os pontos cegos na sede legislativa. Da mesma forma, a preocupação se estende à possibilidade de que a Corte Constitucional ou o Supremo Tribunal Federal se apoiem no processo de coerção estatal ilegítima e transformem o diálogo num monólogo, sob seus critérios e subjetividades, dificultando a contestação da legitimidade de suas ações.<sup>388</sup>

A falta de protocolos indicativos para juízes que estabeleçam caminhos e parâmetros para a resolução de assuntos, a ausência de instrumentos que catalisem as questões que merecem atenção e discussão, o desenho do contexto no qual ocorrerá o debate sobre o significado da Constituição e a resolução de assuntos de conteúdo político são algumas das preocupações ao redor do diálogo institucional, na busca para que ele seja ordenado e coordenado.

Do ponto de vista deliberativo, além da relação jurídico-legislativa da discussão interna na sede da Corte Constitucional ou da Supremo Tribunal Federal, a participação cidadã e institucional para o fortalecimento do diálogo merece algumas considerações de advertência. Em primeiro lugar, no caso colombiano, para que a ação pública de inconstitucionalidade represente uma conquista do ponto de vista da abertura da justiça constitucional ao cidadão por meio da garantia dos cidadãos de ativar o controle abstrato,<sup>389</sup> como foi exposto, a simples inserção de instrumentos de inadmissibilidade de garantia e mecanismos eficazes de filtragem para evitar a sobrecarga dos sistemas de justiça constitucional, a partir da experiência brasileira e da aplicação da teoria das capacidades institucionais,<sup>390</sup> parece insuficiente. A necessidade de elementos que fortaleçam a intervenção cidadã – individual ou coletiva –, no processo de diálogo institucional, ficará aquém das expectativas se as reformas institucionais forem concebidas apenas para resolver problemas técnicos independentes.

De igual forma, mesmo que os mecanismos públicos de acesso do cidadão à justiça constitucional pareçam eficazes, eles podem ser paralisados por fatores que o dificultam, como a falta de uma análise interseccional e intersetorial do acesso à justiça.<sup>391</sup> Por exemplo, pelo fato

---

<sup>388</sup> DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *I•CON*, v. 5, n. 3, 2007, pp. 391–418 doi:10.1093/icon/mom021, pP. 406-407.

<sup>389</sup> ROA, Jorge Ernesto. **Control de constitucionalidad deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador.** Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia & Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid, 2019.

<sup>390</sup> Sobre a teoria das capacidades institucionais, loc. cit. 373.

<sup>391</sup> Sobre a análise interseccional e intersetorial da proteção dos direitos sociais, veja-se os trabalhos da sociologia de: AKERMAN, Marco; SÁ, Ronice Franco de; MOYSES, Simone; REZENDE, Regiane; ROCHA, Dais. Intersetorialidade? IntersetorialidadeS! *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 11, nov. 2014, DOI. doi.org/10.1590/1413-812320141911.10692014; CLARKE, A. Y; MCCALL, L. Intersectionality and social explanation in social science research. *Du Bois Review: Social Science Research on Race*, n. 10, v.2, 349–363, 2013. <http://doi.org/10.1017/S1742058X13000325>; CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the Intersection



de muitos desses cidadãos pertencerem a grupos populacionais específicos – como pessoas em extrema pobreza, com alguma deficiência, mulheres, comunidades LGBTIQ+, negros, vítimas do conflito armado, etc –; por serem cidadãos com baixo empoderamento legal; pela falta de conhecimento, de orientação e de assistência jurídica; pelas falhas no desempenho do sistema judicial, como a falta de clareza, a falta de conhecimento das normas de proteção dos direitos fundamentais, etc.<sup>392</sup>

#### 4.2. Soluções para os problemas do desempenho hermenêutico e dos esforços institucionais: correções e novos caminhos ou direções

(1) *Soluções para o problema do exercício hermenêutico ou interpretativo da Constituição.* Quanto às alternativas para superar o típico argumento de que o intérprete da Constituição declara a lei inconstitucional se o legislador a desobedecer, Roberto Gargarella propõe três alternativas: o encaminhamento ao Legislativo – de acordo com o que defendiam os revolucionários na França; a intervenção de um órgão de representação popular – ao estilo de Thomas Paine; ou pela própria cidadania.<sup>393</sup>

A fim de fornecer caminhos viáveis em face do problema motivacional da justiça constitucional e do polêmico contexto institucional da dependência política da justiça, o tratamento ou solução com base na presença de representantes específicos, diretamente ligados aos assuntos em pauta, não garante a proteção dos interesses de todos os envolvidos – ainda mais se levado em consideração que existem setores conservadores dentro dos grupos tradicionalmente marginalizados (mulheres que se opõem à descriminalização do aborto, membros LGBTIQ+ que apoiam governantes abertamente homofóbicos,<sup>394</sup> entre outros). No entanto, a ausência deles agravaria ainda mais a imparcialidade dos tribunais.<sup>395</sup>

---

of Race and Sex: A black feminist critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist, Theory and Antiracist Politics. **The University of Chicago Legal Forum**, n. 1, v. 1989, art. 8. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1052&context=ucfl>

<sup>392</sup> LA ROTA, Miguel; LALINDE, Sebastián; SANTA, Sandra; UPRIMNY, Rodrigo. Necesidades jurídicas insatisfechas según grupo poblacional. In: GARCÍA, Mauricio; CEBALLOS, María Adelaida (ed). **Democracia, justicia y sociedad**. Diez años de investigación en Dejusticia. Bogotá D.C: Dejusticia, 2016.

<sup>393</sup> GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020, p. 17.

<sup>394</sup> A título de ilustração, em consulta realizada nas redes sociais, especificamente no Facebook, foram encontrados os seguintes grupos ou sites: “*Gays que apoiam Bolsonaro*” com mais de dois mil integrantes; “*Gays de Direita*” com mais de 100 membros, “*Gays Fechados Com Bolsonaro*” com 800 seguidores, para dar alguns exemplos.

<sup>395</sup> GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020, p. 23.

Em relação a isso, é certo que a intervenção de todos aqueles que possuem opiniões diferentes sobre uma questão deve ser garantida proporcionalmente (ainda mais se pertencerem ao mesmo grupo); no entanto, o resultado pode ser um empate de critérios que não traz solução ou saída para o problema. Nesse momento vale a indagação: quem resolve esse problema, a Corte Constitucional ou o Supremo Tribunal Federal, o Legislativo ou o Executivo, ou todos juntos mediante o diálogo institucional? A solução não é fácil, sendo preferível a adoção de métodos consensuais baseados no diálogo.

Essa fórmula conciliatória poderia adotar elementos tanto das teorias do método judicial (*theories of judicial method*) quanto das teorias estruturais do diálogo (*structural theories of dialogue*).<sup>396</sup> Segundo Christine Bateup, dentro das teorias do método judicial estão as teorias de aconselhamento judicial (*judicial advice-giving*), segundo as quais ministros e magistrados podem indicar os caminhos e parâmetros mais adequados para a resolução da questão política. Um desses caminhos é a abstenção judicial. Dentro das teorias do diálogo estrutural, a que parece ter mais importância é a teoria do equilíbrio (*equilibrium theories*), segundo a qual tanto a Corte Constitucional como o Supremo Tribunal Federal podem facilitar o diálogo institucional, catalisar as questões que merecem atenção e discussão e preparar o debate sobre o significado da Constituição e a resolução da questão política.<sup>397</sup> A escolha dessas teorias se baseia na ordem e na coordenação. Como na maioria dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias, o ponto de partida é um representante que não apenas traz ordem ao debate, mas também formula uma maneira para que a decisão tomada seja minimamente desejável.

Apesar de não haver acordo sobre qual é a interpretação correta, é importante se perguntar também qual é a fórmula conciliatória ou de mediação adequada para o diálogo e a consequente resolução do problema constitucional. Em se tratando de direitos fundamentais e reconhecendo que cada caso pode ter nuances a serem consideradas, os juízes não podem ignorar dois elementos fundamentais, segundo Gargarella: (a) a autonomia individual e (b) o autogoverno coletivo.<sup>398</sup>

---

<sup>396</sup> Essas teorias são propostas por Christine Bateup e desenvolvidas por HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi, *Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais*. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n.121, pp. 203-250, jul./dez.2020, p. 228

<sup>397</sup> HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi, *Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais*. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n.121, pp. 203-250, jul./dez.2020, p. 228-236.

<sup>398</sup> GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020, p. 44.

(a) *A autonomia individual como elemento fundamental para o diálogo institucional.* A autonomia individual para decidir crença, propósito, plano de vida, ideologia e, por sua vez, o governo coletivo. Ao se garantir a autonomia individual, justifica-se o poder contramajoritário dos juízes, pois é dada primazia ao respeito pela decisão da pessoa sobre a eventual arbitrariedade da maioria. Porém, essa garantia não é absoluta: pode ser excetuada quando a pretensão de garantir a autonomia diante do conhecimento dos juízes implique pôr em risco a sociedade no seu conjunto e afetar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como um todo.<sup>399</sup>

Como no caso da descriminalização do aborto e da compreensão dos direitos fundamentais de todos os cidadãos como um todo – que cabe ao Estado respeitar, proteger e promover, não é justificável que para além das concepções ideológicas que possam existir em torno da vida, o Estado fira ou se omita diante do prejuízo do direito à saúde e ponha em risco o direito à vida das mulheres que praticam clandestinamente essas práticas. Ao ferir e colocar em risco esses direitos, além de subjetivar sua garantia, impõe uma ideologia que vai contra a coordenação e harmonia de princípios da Constituição.

A compreensão da autonomia individual deve também considerar o problema correspondente à afetação daquilo cujo custo é intangível e os impactos são lesivos para a sociedade, como a demora na descriminalização do porte de drogas, cujo impacto traz não só o encarceramento fútil, mas também fortalece e ajuda ao crime organizado, temas que ainda não foram deliberados corretamente pelo Legislativo, nem pelo Judiciário.<sup>400</sup>

(b) *O autogoverno coletivo como elemento fundamental para o diálogo institucional.* Além do respeito à autonomia individual, cada sociedade pode traçar seu destino, definir seus representantes políticos, escolher o modelo econômico mais compatível, etc. A Constituição reconhece a tarefa coletiva de construir a sociedade. E, assim como uma sociedade não é somente sua elite, mas todos os cidadãos, os poderes públicos são instrumentos

---

<sup>399</sup> A dimensão objetiva indica que as consequências jurídicas da norma que abrange o direito fundamental como um todo extrapola o vínculo subjetivo Estado-cidadão e faz com que o Poder Público seja responsável pelas obrigações gerais, necessárias ao exercício integral de pretensões subjetivas. O Estado deve estar atento à generalidade dos casos que envolvem os direitos jurídicos por ele protegidos. Ao adotar uma teoria social dos direitos fundamentais é sua a função de criar ou manter estruturas sociais que proporcionem o máximo de oportunidade possível para o desenvolvimento da personalidade. Em relação aos efeitos desencadeados por essa dimensão, esses direitos extrapolam a titularidade individual – sem ignorá-la – e integram o conteúdo valorativo da Constituição. HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013.

<sup>400</sup> MENDES, Conrado Hübner. Quanto o STF custa para o SUS? **Folha de São Paulo**. São Paulo. 3 nov. 2020. Opinião. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/11/quanto-o-stf-custa-para-o-sus.shtml>

equivalentes, para os quais todos são igualmente importantes. Nesse sentido, ao se garantir a dignidade e a autonomia individuais, deve-se reconhecer também um autogoverno coletivo<sup>401</sup> comum de “conversa entre iguais”, em que todos os potencialmente afetados por uma decisão discutem a opção mais adequada, sem a concentração de poder nas mãos de poucos; ou seja, o caminho mais democrático e epistêmico.<sup>402</sup>

O autogoverno coletivo impede que os poderes discricionários individuais sejam preservados para iniciar ou encerrar o diálogo à sua vontade e até mesmo impor seus critérios.<sup>403</sup> Assim, no caso de diálogo conciliado ou mediado pelo Supremo Tribunal Federal ou pela Corte Constitucional, ele não pode ser imposto, mas as fórmulas de solução podem ser propostas. Essa proposição deve estar dentro dos limites da autonomia individual e do autogoverno coletivo.

(2) *Soluções a partir do diagnóstico da institucionalidade da Corte e do Supremo.*

O diagnóstico apresentado sobre a institucionalidade da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal pode ser resumido em três aspectos: (a) a necessidade de redistribuição de poderes e a redução ao máximo do exercício de poderes monocromáticos; (b) a necessidade de uma melhor qualificação em seu processo deliberativo; e, por fim, (c) a procura de estratégias de diálogo institucional. Serão apresentadas a seguir algumas formas de tentar superar esses obstáculos.

(a) *A necessidade de redistribuição de poderes e a redução ao máximo do exercício de poderes monocráticos.* Em relação à redistribuição de competências dos tribunais constitucionais, é necessário que o Supremo Tribunal Federal se liberte de uma série de tarefas secundárias e restrinja sua agenda para melhorar o seu funcionamento. As funções de natureza monocrática devem ser eliminadas ou restringidas ao máximo, a fim de evitar a manutenção de um tribunal constitucional fragmentado e com amplos poderes individuais não representativos.<sup>404</sup>

No caso do Supremo Tribunal Federal, há razões constitucionais para que a atuação, especialmente em matéria de constitucionalidade, seja colegiada. O exercício da ministocracia

---

<sup>401</sup> Segundo Roberto Gargarella, o “autogoverno coletivo” supõe que as pessoas devem ter a possibilidade de determinar o modo que querem viver de forma conjunta. Assim também, corresponde com a possibilidade de aproximar a processo de tomada de decisão, cada vez mais ao ideal de “conversação entre iguais”. Esse último é importante porque, segundo Habermas, existem cidadãos que potencialmente podem estar afetados por certa decisão. GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020, p. 45-46.

<sup>402</sup> GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020, p. 45.

<sup>403</sup> GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020, p. 46-47.

<sup>404</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos poderes**: São Paulo: Companhia das Letras, p. 212.

ou *judicial review* individual, conforme descrito por Gualano de Godoy, vai contra as normas do processo constitucional, contra a regra da maioria e desnatura as funções do Supremo Tribunal Federal, minando a democracia.<sup>405</sup> A experiência colombiana pode servir de referência e análise para o caso do Supremo Tribunal Federal. De acordo com o artigo 241 da Constituição de 1991, além de salvaguardar a integridade e a supremacia da Constituição, a Corte Constitucional é responsável pela decisão sobre a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Por sua vez, de acordo com o Regulamento Interno da Corte Constitucional (art. 5 §a), é o Plenário da Corte Constitucional quem decide tanto a aprovação do programa de trabalho como a distribuição das questões de constitucionalidade (art. 39) até a própria decisão (art. 5 § a).

Ao invés de suprimir o poder monocrático dos juízes, este deve deixar de funcionar como “onze estados soberanos”, como um “camarote de solistas”. Quanto maior o poder individual, menor a deliberação coletiva. Assim, a análise de casos que indiquem as normas violadas no processo constitucional e a fundamentação do mesmo processo numa democracia deliberativa podem ser caminhos e possibilidades diante da reorientação individual dos ministros, bem como da qualificação da atuação ou do desempenho coletivo.<sup>406</sup>

Por fim, no que se refere ao volume de decisões monocráticas, outras propostas de transformação do Supremo Tribunal Federal estão relacionadas tanto à promoção de decisões colegiadas quanto à possibilidade de reforma do regimento interno que impõem barreiras à entrada dos processos nas pautas do plenário. A importância de um julgamento colegiado não pode ser dispensada pela capacidade do Supremo Tribunal Federal para julgar processos individualmente. As reformas no funcionamento do Supremo Tribunal Federal não devem considerar apenas o grande volume de processos que são instaurados, pois, de acordo com o Relatório Supremo em Números, não há relação direta entre a criação de filtros e a capacidade do Tribunal de julgar coletivamente mais processos<sup>407</sup> – a maneira como suas decisões são

---

<sup>405</sup> DE GODOY, Miguel Gualano. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, Ahead of print, 2020, DOI: 10.1590/2179-8966/2020/44292

<sup>406</sup> DE GODOY, Miguel Gualano. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, Ahead of print, 2020, DOI: 10.1590/2179-8966/2020/44292 p. 32.

<sup>407</sup> É possível categorizar e/ou distinguir entre diferentes tipos de processos com base em diferentes graus de atenção à tomada de decisão. Essa classificação, do ponto de vista das decisões monocráticas, corresponde às decisões em que o Supremo devolve o processo às instâncias inferiores, no caso de um processo aguardar decisão de outro processo com repercussão geral (*decisões sem decisão*), e as decisões em que os ministros decidam a matéria de forma monocrática, por vezes extinguindo o processo sem julgamento de mérito, ou dando provimento a uma liminar ou sumariamente interposto recurso. PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; COUTO FERNANDES DE ALMEIDA, Guilherme da Franca. Quem decide no Supremo? Tipos de decisão colegiada no tribunal (1988-2018). **Supremo em números**. FGV Direito Rio. v.8, 2020, pp. 133-142.

tomadas, seus efeitos e impactos são também alguns elementos a se considerar na atuação complexa e dinâmica do Supremo Tribunal Federal.

A reforma estrutural e vertical do processo constitucional pode ser uma saída. Um maior controle da seleção temática em juízes inferiores com base em critérios previamente estipulados e/ou reforçados pela Corte Constitucional ou pelo Supremo Tribunal Federal. As sentenças de unificação (“*sentencias de unificación*”)<sup>408</sup> são um caminho válido; esse tipo de precedente apoia a solução de casos futuros com condições semelhantes. A questão é dar a eles o valor que parecem ter. É inútil, por exemplo, que a Corte Constitucional decida e reitere em casos com jurisprudência amplamente estabelecida; o desgaste é grande e a oportunidade de julgar e conhecer casos diferentes fica reduzida.

Assim, qualquer decisão de tutela decidida na Colômbia que seja submetida à Corte Constitucional parece ter valor simbólico, na medida em que só chega ao conhecimento dos juízes os casos que eles próprios consideram relevantes, isto é, aqueles que eles indicam como merecedores de serem decididos pelo Plenário. Nesse sentido, uma solução poderia consistir no estabelecimento de um novo requisito processual de procedibilidade para que a ação de tutela chegue à Corte Constitucional.

Essa exigência ou requisito poderia se atentar ao fato de que as premissas fáticas e jurídicas de cada caso: (i) não estão unificadas exatamente sob as mesmas premissas fáticas e jurídicas; (ii) podem, do ponto de vista jurídico, constituir motivo para a unificação da jurisprudência, uma vez que reúnem argumentos comuns a outras decisões da Corte Constitucional; (iii) se a decisão impugnada for do conhecimento de um juiz individual e este se recusar a remetê-la à Corte Constitucional, argumentando algo diferente dos dois pontos anteriores, a defesa ou as entidades encarregadas de prestar apoio e defesa jurídica devem invocar juridicamente a sua procedibilidade; (iv) apresentar violação do direito ao devido processo, se, e somente se, a decisão recusada não tiver sido objeto de órgão colegiado, isso porque se antes de ir à Corte Constitucional era do conhecimento de um tribunal inferior-colegiado, esse último deve deliberar ao máximo para apurar se realmente houve violação do direito ao devido processo na instância anterior, o que na maioria dos casos são decididos por um juiz individual.

Esses quatro requisitos, que não são absolutos, poderiam não só fortalecer a decisão do juiz inferior, mas superar o simbolismo processual que pressupõe que todas as decisões

---

<sup>408</sup> As “*sentencias de unificación*” são decisões da Corte Constitucional, do Conselho de Estado ou da Corte Suprema de Justiça, que, devido à importância jurídica ou significado econômico ou social ou devido à necessidade de unificar ou estabelecer jurisprudência; elas servem para fortalecer e concretizar precedentes.

chegam à Corte Constitucional. Da mesma forma, restringe a possibilidade individual de apreciar as decisões que o plenário deve conhecer. A construção do precedente se estende verticalmente e deliberadamente a todos os juízes que participam do conhecimento do caso.

(b) *A necessidade de uma melhor qualificação no processo deliberativo da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal.* A coletividade implica uma tomada de decisão em grupo e uma interação deliberativa. Por sua vez, a solução que visa a melhorar a qualificação do processo deliberativo deve ser dada em condições de tempo e espaço, de conduta e de ética dos participantes, considerando compromissos mínimos de abordagem e interpretação do Direito Constitucional, reconhecendo a qualidade moral da linguagem da Constituição, o "fio diacrónico" desse processo, a coordenação intrajurisdicional, a dimensão cosmopolita da Constituição e a faceta deliberativa da separação de poderes.<sup>409</sup>

Tanto a Corte Constitucional como o Supremo Tribunal Federal devem ceder à virtualidade de seu elitismo e abrir-se à deliberação do Direito, do raciocínio jurídico e da decisão judicial. A abertura à deliberação não deve, porém, limitar-se às razões que são aceitáveis em seu discurso, independentemente de seu valor substantivo ou calibre. Se, como MacCormick argumentaria, "*a certeza da lei é, então, certeza questionável*", a aceitação do discurso e do eixo da deliberação judicial é epistêmica e plausível.<sup>410</sup>

Diante do exposto, além de promotores de deliberação, tanto a Corte Constitucional quanto o Supremo Tribunal Federal devem ser órgãos deliberativos em si. Nesse sentido, deve haver uma transformação nas três imagens dos tribunais constitucionais: como provedor de razões, como interlocutor e, principalmente, como deliberador.

Uma Corte Constitucional e um Supremo Tribunal Federal deliberativo respeita a ideia de que os fundamentos que justificam os casos são epistemológicos e plausíveis e pode seguir um modelo estruturado em três níveis: (i) o "significado básico", que corresponde ao cerne da deliberação, no qual se identifica quem pode ser considerado como deliberador, quem tem o poder de decisão, as etapas do processo, seus objetivos e valores; (ii) os "facilitadores", que têm o controle da deliberação, a autoridade para canalizar as deliberações e indicam suas perspectivas e elucidam suas causas; e (iii) os "limites" da atuação deliberativa, no qual é delimitado o conteúdo a ser deliberado, bem como as razões políticas que ajudam a decidir a probabilidade da deliberação. Esses limites são: (iii.a) a determinação do tipo de justificativa

---

<sup>409</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Cortes Constitucionales y democracia deliberativa**. Madrid: Marcial Pons, 2018, pp. 255- 258.

<sup>410</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Cortes Constitucionales y democracia deliberativa**. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 76-94. El autor hace referencia a MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

pública aceitável para a instituição decorrente de um conceito mínimo de argumentação constitucional; e, (iii.b) a rastreabilidade dos dilemas políticos que a Corte Constitucional ou o Supremo Tribunal Federal exigem para que suas decisões sejam acatadas e impostas.<sup>411</sup>

Paralelamente, esse esquema para o desempenho deliberativo é aplicável antes, durante e após a deliberação, fases que, combinadas com as tarefas de discussão pública,<sup>412</sup> o compromisso colegiado<sup>413</sup> e a decisão deliberativa escrita,<sup>414</sup> permitem uma avaliação qualitativa do processo de deliberação. A interligação destes níveis, fases e tarefas leva em consideração não só como deve ser a decisão, mas quão sensível ela é do ponto de vista político, por isso partem de uma estrutura, uma direção e um controle, para o potencial deliberativo de um tribunal constitucional em geral, e da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal em particular.

O esquema proposto por Conrado Hübner Mendes é uma resposta e uma saída adequada para que as decisões, entendidas em conjunto, distingam claramente os fatos, o problema jurídico e os critérios para a tomada de decisão e, assim, devolvam a verdadeira autoridade à jurisprudência. Essa visão estrutural, esquemática e metodológica do desempenho deliberativo entende que a decisão da maioria é mais do que a soma aritmética de votos díspares.<sup>415</sup>

Por sua vez, essa proposta pode reforçar o que é idealizado em termos gerais por Oscar Vilhena Vieira, que, para aprimorar o processo deliberativo do Supremo Tribunal Federal, desenha um mecanismo de três etapas. A primeira, a seleção de poucos casos, o que daria alguma transparência na construção da agenda dos ministros; a segunda, abertura para audiências públicas e para a sustentação oral; e a terceira, sessões de discussão e julgamento.

<sup>411</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Cortes Constitucionales y democracia deliberativa**. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 129- 130.

<sup>412</sup> A discussão pública é “*generada por uno o por un grupo de actores que tienen el poder formal de presentar un caso ante una corte constitucional mediante intervención directa o cualquier recurso. Desde ese momento hasta que los jueces se reúnen para emitir una decisión final, el proceso dialógico entre interlocutores y aquellos que deben tomar la decisión contiene potenciales beneficiosos deliberativos*”. MENDES, Conrado Hübner. **Cortes Constitucionales y democracia deliberativa**. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 134.

<sup>413</sup> “*El compromiso colegiado es la aspiración rectora de una corte constitucional en lo que respecta a su fase decisional. Es el estándar apropiado para disciplinar y evaluar el proceso intramural que ocurre entre los propios tomadores de decisiones. En lugar de mirar hacia fuera para recopilar y probar argumentos que los interlocutores podrían forjar, los jueces interactúan entre sí para tomar una decisión*”. MENDES, Conrado Hübner. **Cortes Constitucionales y democracia deliberativa**. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 135.

<sup>414</sup> “*Una decisión escrita deliberativa es aquella que traduce los compromisos éticos de la deliberación en una pieza escrita. Aparte de bien razonado, tiene la carga de ser sensible y entendible por el público. Evaluar si una decisión escrita es deliberativa, en el sentido aquí definido, requiere algo más que el ejercicio de examinar si el tribunal ha abordado los argumentos de los litigantes, más que simplemente contar los puntos de una lista de verificación. La decisión deliberativa es caracterizada, sobre todo, por su estilo literario.*”. MENDES, Conrado Hübner. **Cortes Constitucionales y democracia deliberativa**. Madrid: Marcial Pons, 2018, pp. 136-139.

<sup>415</sup> O problema apresentado acima por: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos poderes**: São Paulo: Companhia das Letras, p. 167-168; p. 212.



Essas três etapas, segundo Vieira, gerariam padrões interpretativos mais claros e extensíveis aos juízes inferiores.<sup>416</sup> Além disso, e em conformidade com o proposto por Conrado Mendes, permitiria a construção de protocolos ou parâmetros mais rigorosos de análise e de avaliação e impacto dos resultados da deliberação, constituindo, assim, práticas e precedentes sensíveis e respeitosas, mas nem por isso favoráveis às concepções políticas e ideologias particulares.

Com relação às audiências públicas e à figura dos *amici curiae*, e em vista do diagnóstico apresentado sobre eles, as formas mais adequadas para que as decisões numa democracia sejam tomadas de forma inteligente, ainda mais quando consideradas a complexidade e a especialidade dos pressupostos fáticos que acompanham a decisão judicial, exigem discernimento entre o que são boas ou más ideias e propostas verdadeiras ou falsas.<sup>417</sup>

Essa distinção implica a possibilidade de discriminar o conteúdo do que pode ser dito, assim como os sujeitos que podem dizê-lo. Como já indicado, a ideia de que o que precede o exercício das audiências públicas e os *amici curiae* se baseia unicamente nos princípios de igualdade e liberdade de expressão também deve ser superada ou ao menos reavaliada. A restrição ou superação desses princípios se justifica em nome da democracia, com a prevalência do valor epistemológico que acompanha as decisões para discernir quais informações são ou não confiáveis.<sup>418</sup>

A funcionalidade das audiências públicas deve ser focada ou localizada na capacidade de permitir transições controladas entre as incertezas tanto do Direito como da ciência. Nesse sentido, devem ser uma ferramenta não só para democratizar o acesso dos cidadãos à justiça constitucional, mas também para garantir maior confiabilidade às decisões baseadas num julgamento razoável sobre os fatos, envolvendo questões de risco potencial, de viabilidade de procedimentos ou intervenções, de identificação de efeitos e impactos e de medição dos efeitos que situações fáticas das decisões implicam.

A nova natureza interdisciplinar imposta às decisões judiciais não se resolve apenas pelo apelo à ajuda de auxiliares de justiça, como os peritos, mas também pelo entendimento de que as diferentes intervenções civis e institucionais representam uma peça, que juntamente com

---

<sup>416</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos poderes**: São Paulo: Companhia das Letras, p. 167-168; pp. 213-214. Em concordância com o já apresentado acima, o autor sublinha a necessidade, também, da “*redução das competências, a qualificação do processo de deliberação e do modo de confecção de seus acórdãos não irão, por si, resolver a crise pela qual passa o Supremo, mas poderão assegurar uma maior integridade às suas decisões, reduzindo arrestas que, em última instância, esgarçaram a própria autoridade do STF nos últimos anos*”.

<sup>417</sup> LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56328. p. 343.

<sup>418</sup> LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56328. p. 343-344.

a distribuição do ônus da prova, constituem a engrenagem necessária para dar origem à entrada de provas científicas na jurisdição constitucional. Dessa forma, a incerteza e a imprecisão da tomada de decisão é reduzida.<sup>419</sup> Essas práticas, nas circunstâncias apresentadas no diagnóstico, poderiam ser estendidas ao caso colombiano.

Finalmente, reforçar a deliberação é também uma questão de humildade. Tanto a Corte Constitucional quanto o Supremo Tribunal Federal devem superar a ideia de que são a última e única guardiã da Constituição. Pelo contrário, devem ser colegiais, respeitosos da consciência e sinceros diante de sua falibilidade, de sua audácia na resolução de conflitos constitucionais e de sua sutileza na abordagem do sistema político, imbuídos de uma forte carga argumentativa baseada no Direito.<sup>420</sup>

(c) *A procura de estratégias de diálogo institucional.* O tratamento relacionado à busca de estratégias para o diálogo institucional encontrou caminhos ao longo deste capítulo. Para o exercício hermenêutico (ou interpretativo), deve-se preferir a adoção de métodos consensuais baseados no diálogo. Nesse sentido, elementos das teorias do método judicial, bem como as teorias estruturais do diálogo propostas por Christine Bateup e apresentadas neste capítulo<sup>421</sup> abrem soluções para facilitar o diálogo institucional, para catalisar diferentes questões e debates, não apenas sobre o significado da Constituição, mas na resolução de diversos assuntos, incluindo os políticos. Da mesma forma, nesse diálogo, destaca-se a importância de propor uma fórmula conciliatória ou de mediação adequada, considerando a autonomia individual e o governo coletivo.<sup>422</sup>

Para dar conta do diagnóstico dos problemas enfrentados pela institucionalidade da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal, o diálogo também se apresentou como um caminho plausível, ainda mais no que se refere à redistribuição de poderes, reduzindo o exercício de poderes monocráticos e melhorando a qualificação dos de deliberação. A abertura à sociedade civil e às instituições deve considerar o eixo epistemológico que inspira decisões que envolvam elementos técnicos ou científicos, além de desenhar mecanismos que garantam

---

<sup>419</sup> LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56328. p. 367-268.

<sup>420</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Cortes Constitucionales y democracia deliberativa**. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 258.

<sup>421</sup> HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi, Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n.121, pp. 203-250, jul./dez.2020.

<sup>422</sup> GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020, p. 44.

a igualdade e a liberdade de expressão, na medida em que permitiria um diálogo com efeito vinculativo e não apenas uma espécie de "saudação à bandeira" para garantir a democracia.

Para além de todas as propostas que procuram abordar o diagnóstico hermenêutico e institucional, a importância de valorizar o diálogo e, mais ainda, num "diálogo entre iguais",<sup>423</sup> reside na abordagem construtivista que o diálogo institucional deve possuir. Em outras palavras, a intervenção eficaz do Estado na sociedade deve considerar o processo de construção e interação recíproca que ocorre entre os atores e as normas jurídicas (visão construtivista), o diálogo entre pares precisa reconhecer a conexão entre as instruções e as práticas sociais.<sup>424</sup>

Nesse entendimento, devolver a Constituição ao povo é um ideal que não pode encontrar base num sistema judicial como instrumento facilitador do mercado e da aplicação de critérios de eficiência na administração da justiça (visão liberal individualista). Pelo contrário, certas condições mínimas de igualdade devem ser previamente garantidas àqueles que pretendem dialogar, principalmente a sociedade civil (visão igualitária), cuja proteção das liberdades civis, bem como a garantia dos direitos sociais, deve ser considerada dentro do conceito amplo das instituições. Aproximando a visão construtiva da igualitária, ocorre um diálogo entre iguais baseado num institucionalismo e constitucionalismo social<sup>425</sup> que tem como núcleo a deliberação e um esquema de desempenho – com estrutura, autoridade e modelo de controle e/ou limites – que lhe permite avaliar seu exercício.<sup>426</sup>

Por sua vez, esse exercício deliberativo institucional não só deve dar valor à natureza epistemológica das decisões, mas também ser humilde e reconhecer que alguém deve ordenar e coordenar o diálogo, facilitando e catalisando as diferentes questões e debates para salvaguardar a Constituição. Nesse sentido, a Corte Constitucional ou o Supremo Tribunal Federal podem ser esse alguém, não mais como um juiz "Hércules" clássico,<sup>427</sup> mas como um juiz "Concórdia", que permite a compreensão e a harmonia, ao propor fórmulas conciliatórias, ou a mediação adequada, em atenção à autonomia individual e ao governo coletivo. Quer dizer,

---

<sup>423</sup> GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020, p. 44.

<sup>424</sup> GARCÍA, Mauricio; RODRÍGUEZ, César; UPRIMNY, Rodrigo. El sistema judicial visto desde el institucionalismo social. In: GARCÍA, Mauricio; CEBALLOS, María Adelaida (ed). **Democracia, justicia y sociedad**. Diez años de investigación en Dejusticia. Bogotá D.C: Dejusticia, pp. 51- 60, 2016.

<sup>425</sup> As ideias de institucionalismo social são expostas por: GARCÍA, Mauricio; RODRÍGUEZ, César; UPRIMNY, Rodrigo. GARCÍA, Mauricio; RODRÍGUEZ, César; UPRIMNY, Rodrigo. El sistema judicial visto desde el institucionalismo social. In: GARCÍA, Mauricio; CEBALLOS, María Adelaida (ed). **Democracia, justicia y sociedad**. Diez años de investigación en Dejusticia. Bogotá D.C: Dejusticia, pp. 51- 60, 2016.

<sup>426</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Cortes Constitucionales y democracia deliberativa**. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 129- 130.

<sup>427</sup> DWORKIN, Ronald. **El imperio de la justicia**: De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. Barcelona: Ed. Gedisa, 2012.

o papel da Corte Constitucional ou do Supremo Tribunal Federal é mais de intervenção comunicativa e menos de coerção. Ao contrário do que Rosalind Dixon propõe, não é inevitável que em certos casos os tribunais sejam mais coercivos, principalmente quando as reivindicações baseadas em direitos não encontram amplo apoio na cultura. Nesses casos, é dever da Corte Constitucional ou do Supremo Tribunal Federal antecipar essa intervenção com mecanismos preventivos de consulta e deliberação e de análise sensível das implicações políticas.<sup>428</sup>

Em vista da urgência do assunto, protocolos de entendimento propostos pelo Judiciário, principalmente pela Corte Constitucional ou pelo Supremo Tribunal Federal, devem ser incorporados a seu regulamento interno. Seu conteúdo deve ser baseado no entendimento de que os diálogos não são apenas para a promoção de uma conversa institucional que vise ao aprimoramento dos arranjos institucionais; pelo contrário, tanto a Corte Constitucional quanto o Supremo Tribunal Federal devem tentar fazer do diálogo institucional uma prática contínua diante do desempenho limitado de seu exercício jurisdicional. Em suma, a opção do diálogo institucional deve passar de um caráter normativo<sup>429</sup> para um instrumento padrão na interação entre as partes e interessados.<sup>430</sup>

O cenário ideal para transformar o diálogo institucional numa conversa prática e contínua exige uma reforma estrutural da justiça. Essa reforma costuma encontrar alguns problemas, entre eles, que o processo legislativo parece uma quimera devido ao número de interesses privados que o acompanham. Por isso, tornar o processo legislativo no Congresso, tanto na Colômbia como no Brasil, ainda mais técnico pode ser um caminho, pois além de lhe conferir maior transparência, permite a análise e avaliação dos impactos para que um caso de diálogo institucional seja efetivamente articulado em torno da aplicação da Constituição. Em outras palavras, se o processo legislativo é mais técnico tanto nos seus conteúdos como na avaliação dos seus impactos, na hora de ter que dialogar junto com o Judiciário sobre um

---

<sup>428</sup> DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **I•CON**, v. 5, n. 3, 2007, pp. 391–418 doi:10.1093/icon/mom021, p. 407.

<sup>429</sup> “a teoria dos diálogos institucionais, no Brasil, possui caráter amplamente normativo, ou seja, o diálogo institucional efetivo entre as instituições é um projeto a ser consolidado por meio de uma modificação da compreensão das funções dos Poderes como atribuições estanques. Não obstante, o desenho institucional brasileiro dispõe de mecanismos que podem contribuir para o aprimoramento dialógico das instituições (...)”. CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>, p. 199. Estas ideas son compatibles con el caso colombiano.

<sup>430</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>

assunto em comum, o Legislativo poderia fornecer ferramentas mais concretas, e talvez mais eficazes, para a efetivação dos direitos que são reivindicados perante o judiciário.<sup>431</sup>

O diálogo institucional precisa se inspirar num Direito transformador limitado ou controlado para impedir que a Corte Constitucional ou o Supremo Tribunal Federal coopte os outros poderes públicos. Assim como os juízes não são os únicos guardiões da Constituição, não são os únicos que promovem processos de mudança social. Seu papel, equivalente ao de outros poderes públicos, pode ajudar a ajustar a velocidade da transformação para evitar a erosão da democracia, sem que eles próprios a erodam. É arriscado partir da ideia de que os juízes podem ter aliados para realizar as transformações, uma vez que daria continuidade à supremacia judicial e ao papel secundário dos demais poderes, como simples “aliados”. A ideia de optar pelo consensualismo com fórmulas conciliatórias ou de mediação permite atribuir o mesmo nível a todos os participantes, sendo que essas fórmulas, conforme descritas, devem ser o precedente para a solidificação das aspirações constitucionais.<sup>432</sup>

Por fim, parece inviável juridicamente desconstruir o que vem sendo “conquistado” tanto pela Corte Constitucional quanto pelo Supremo Tribunal Federal, ainda mais quando levado em consideração o apoio popular de que gozam. A transformação será, possivelmente, gradativa, pois dificilmente a Corte Constitucional e o Supremo Tribunal Federal aplicarão automaticamente um minimalismo judicial.<sup>433</sup> O diálogo institucional como solução deve dar resposta a esta realidade e, nesse sentido, em primeiro lugar, deve dar-se sobre as estruturas e seus pontos cegos. Isto é, o conciliador deve tentar, tanto quanto possível, demonstrar quantos impactos e obstáculos são necessários para garantir certos direitos; em segundo lugar, passa-se a analisar o tema de fundo dos direitos constitucionais fundamentais.

---

<sup>431</sup> “é preciso destacar que reivindicar um papel protagonista do povo na interpretação e aplicação da Constituição não significa ignorar as privações e desigualdades que assolam boa parte do povo brasileiro”. DE GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao Povo**. Crítica à Supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte:Ed. Fórum, 2017, p. 229.

<sup>432</sup> Sobre o assunto ver: ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. **MPIL Research paper series**. Max Planck Institute. n. 2020, v. 11, 2020.

<sup>433</sup> SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.

### 4.3. Novos caminhos para a judicialização dos direitos sociais e a redução das desigualdades materiais

Referir-se aos novos caminhos para a judicialização dos direitos sociais e a redução das desigualdades materiais implica entender que a Corte Constitucional e o Supremo Tribunal Federal, como tribunais constitucionais, devem reorientar a forma tradicional de decisão judicial para garantir direitos sociais, se em verdade têm por pretensão a defesa da Constituição, a redução das desigualdades materiais, a erradicação da pobreza e da marginalização, e a promoção das condições para que a igualdade seja real e efetiva, adotando medidas em favor de grupos discriminados ou marginalizados.

Em conformidade com o argumento de que a decisão judicial valoriza os direitos fundamentais como um todo, em sua dupla titularidade e multifuncionalidade,<sup>434</sup> está a ideia de que o litígio dos direitos sociais não pode ser uma circunstância que continua a afetar os mais pobres. Octavio Luiz Motta Ferraz,<sup>435</sup> ao analisar a situação dos tribunais constitucionais, em particular do Supremo Tribunal Federal, sob uma perspectiva empírica, alerta sobre o fato de não dar continuidade à ideia de que a justiciabilidade é um aliado exclusivo e indispensável para a defesa dos direitos sociais.

Segundo Ferraz, embora seja verdade que não se possa apoiar em abstrato tanto a posição que denuncia a judicialização como a que a aplaude,<sup>436</sup> também é verdade que aqueles que na prática se beneficiam desses litígios, preferencialmente subjetivos, não correspondem à parcela da população que vive em condições de pobreza, mortalidade infantil e elevados níveis de necessidades básicas insatisfeitas. O litígio dos direitos sociais, em particular da saúde, concentra-se nos Estados e Municípios mais ricos do Brasil, por exemplo. E, embora se argumente que nessas cidades também existem grandes lacunas de desigualdade, o acesso a tribunais e advogados vai além das possibilidades dos cidadãos mais pobres em territórios mais afastados. Uma situação parecida com a realidade colombiana.

---

<sup>434</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013; HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019.

<sup>435</sup> FERRAZ, Octavio L. M. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. **South Texas Law Review**, v. 89, n. 7, 2011, pp. 1643-1668. O autor faz uma análise da situação no Brasil, cujos pressupostos são utilizados para a análise do caso colombiano.

<sup>436</sup> Não se pode apoiar de forma abstrata, pois além da decisão judicial, da forma e de seus desdobramentos, em seus aspectos formais e substantivos, encontra-se um cidadão que aguarda a resolução judicial de sua petição de acordo com o direito que invoca.

Uma das afirmações que surgem nessa matéria é a de que a situação acima descrita é remediável por meio de melhorias no acesso à justiça e nas posições adotadas pelos tribunais: ou seja, se o acesso aos tribunais constitucionais for aberto aos pobres e se os julgamentos sobre direitos sociais garantirem um justo e digno direito ao cidadão (não um mínimo decente, não um máximo absoluto) e, ainda assim, inserirem instrumentos de inadmissibilidade de ações judiciais, bem como diversos mecanismos de “filtro” para não sobrecarregar o Judiciário.<sup>437</sup> Tal afirmação, contudo, deve considerar também que os principais obstáculos encontram-se na distribuição desigual da riqueza, na falta de consenso normativo e político de que os direitos sociais devem mudar essa situação, e principalmente, na abordagem dos gastos sociais e no sistema tributário regressivo. Muito embora se reconheça que o sistema de gastos enfrenta grandes dificuldades, as decisões dos juízes devem insistir em rever o quão prejudicial, de uma perspectiva coletiva, pode ser sua decisão.<sup>438</sup>

Algumas reflexões serão apresentadas aqui para abordar novos caminhos para a judicialização dos direitos sociais e a redução das desigualdades materiais.

(1) *Estimular soluções políticas, em coordenação com defensores dos direitos humanos, ONGs e sindicatos na cena política.* Se os tribunais não seguirem uma interpretação que respeite os direitos humanos, deveriam, ao menos evitar o risco de tratar os direitos sociais como se todos tivessem o mesmo valor. Como King ilustra, não haveria espaço para classificar os direitos de pensão dos funcionários públicos de classe média como iguais às necessidades de subsistência das mães solteiras, por exemplo, uma vez que tal abordagem igualitária pode obscurecer a importância do racionamento e da redistribuição de recursos. A solução é política, por isso a necessidade de coordenar, integrar, assegurar e valorizar defensores de direitos humanos, ONGs e até sindicatos na arena política é novamente destacada.<sup>439</sup>

Como fazê-lo? Como estimulá-lo? Soluções baseadas numa proteção interseccional, intersetorial e intergeracional dos direitos sociais poderia dar uma luz. De acordo com Kimberlé Crenshaw, a *interseccionalidade* corresponde a uma lente através da qual se pode ver o destino e onde o poder colide e se entrelaça. A interseccionalidade corresponde a um critério que permite compreender que muitos dos problemas que identificam a desigualdade

<sup>437</sup> Um dos defensores mais contemporâneos é ROA, Jorge Ernesto. **Control de constitucionalidade deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador.** Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia & Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid, 2019.

<sup>438</sup> FERRAZ, Octavio L. M. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *South Texas Law Review*, v. 89, n. 7, 2011, pp. 1643-1668.

<sup>439</sup> KING, Jeff. The Future of Social Rights: Social Rights as Capstone. In K. G. Young (Ed.), **The Future of Economic and Social Rights.** Cambridge: Cambridge University Press. pp. 322, 2019. <http://doi.org/10.1017/9781108284653.012>.

socioeconômica envolvem questões de gênero, raça, ideologia, classe.<sup>440</sup> Ademais, é uma teoria interdisciplinar destinada a aprender e reconhecer a complexidade das identidades e das desigualdades através de uma abordagem integrada. Sua abordagem vai além do reconhecimento da multiplicidade de sistemas de opressão e postula sua interação na produção e reprodução das desigualdades sociais.<sup>441</sup>

Por sua vez, uma ausência de uma análise jurídica da *mobilidade social intergeracional* impede o reconhecimento do grau de fluidez social e a superação da desigualdade de oportunidades entre diferentes estruturas sociais. Segundo Carlos Antonio Costa Ribeiro, a mobilidade social intergeracional é definida pela associação entre o status socioeconômico dos pais e dos filhos e filhas adultos.<sup>442</sup> De acordo com esta definição, o Direito deve mudar sua abordagem da garantia dos direitos sociais, não apenas para garantir condições para as gerações atuais, mas também para compreender os riscos e possibilidades que as gerações futuras enfrentarão, uma vez que as condições de vida são transmitidas entre gerações; sua compreensão, assim como as barreiras em torno desta mobilidade, parece crucial para desenhar e projetar políticas que aumentem o bem-estar das sociedades de hoje e de amanhã.

Finalmente, precisa-se assumir uma *análise intersetorial* para a proteção dos direitos sociais. A natureza desafiadora desta análise também implica a necessidade de construir uma agenda de pesquisa que favoreça contribuições teóricas para constituir uma práxis social.<sup>443</sup> O Direito, como ciência social, deve projetar uma estrutura, uma arquitetura, bem como identificar atores para propor uma abordagem intersetorial. Segundo Luciano Junqueira, a intersetorialidade constitui um entendimento que informa uma nova forma de planejar, executar e controlar a prestação de serviços para garantir a igualdade de acesso aos desiguais.<sup>444</sup>

---

<sup>440</sup> CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A black feminist critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist, Theory and Antiracist Politics. **The University of Chicago Legal Forum**, n. 1, v. 1989, art. 8. Disponível em:

<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1052&context=ucf>

<sup>441</sup> HIRATA, H. Gênero, classe e raça Interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. **Tempo Social**, [S. l.], v. 26, n. 1, p. 61-73, 2014. DOI: 10.1590/S0103-20702014000100005. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/84979>. Acesso em: 28 fev. 2021; BILGE, Sirma. Théorisations féministes de l'intersectionnalité. **Diogène**, n. 1, v. 225, p. 70-88, 2009.

<sup>442</sup> RIBEIRO, Carlos Antônio Costa. Mudanças nas famílias dos jovens e tendências da mobilidade social de brancos e negros no Brasil. **Novos estudos- CEBRAP**. São Paulo, v. 39, n. 2, pp. 257-279, mai./ag. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.25091/s01013300202000020002>; RIBEIRO, Carlos Antônio Costa. Mobilidade e estrutura de classes no Brasil contemporâneo. **Sociologias**. Porto Alegre, ano. 16, n. 37, set/dez. 2014, pp. 178-217.

<sup>443</sup> AKERMAN, Marco; SÁ, Ronice Franco de; MOYSES, Simone; REZENDE, Regiane; ROCHA, Dais. Intersetorialidade? IntersetorialidadeS! **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 11, nov. 2014, DOI: [doi.org/10.1590/1413-812320141911.10692014](https://doi.org/10.1590/1413-812320141911.10692014).

<sup>444</sup> JUNQUEIRA, Luciano Antônio Prates. Descentralização, intersetorialidade e rede como estratégias de gestão da cidade. **Revista FEA/PUC-SP**, São Paulo, v.1, p. 57-72, nov. 1999.



As deficiências de não ter uma análise profunda que projete decisões judiciais e analise o impacto legislativo "de baixo para cima", com uma visão inclusiva e participativa (intersectorial); que não reconheça a projeção futura das decisões e a necessidade de garantir o direito ao futuro das próximas gerações, além de ser egoísta, é irresponsável (intergeracional); e, que não vê que as desigualdades e a discriminação entre setores e gerações podem ser múltiplas ou comuns a vários indivíduos (interseccional); aprofundam a crise dos direitos sociais, deslegitimando-se o grande papel desempenhado pelas Constituições e tribunais constitucionais em sua proteção.<sup>445</sup>

(2) *A compreensão adequada do mínimo existencial para a erradicação da pobreza e como medida a favor dos grupos marginalizados.* O constitucionalismo liberal desenvolveu um rico discurso “capitalista do bem-estar” sobre direitos sociais mínimos e a realização de garantias mínimas.<sup>446</sup> Nesse sentido, é importante que a judicialização, tendo em conta a dupla titularidade e a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, vá além da ideia de que o conteúdo do direito ao mínimo existencial é totalmente variável de acordo com o caso concreto, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, como tem sido feito pela jurisprudência majoritária no Brasil.

Tradicionalmente, quando se fala dos limites suportados pelos direitos fundamentais, reconhece-se que o conteúdo essencial de um direito equivale a um mínimo intangível desse direito, ou seja, está em seu cerne.<sup>447</sup> A existência de um mínimo existencial corresponde a uma posição referente aos limites de aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais aos direitos sociais.<sup>448</sup> Aceitar a inclusão de um mínimo existencial nos termos da teoria liberal é tolerar que cabe ao Estado proporcionar aos cidadãos somente um mínimo exigido pela dignidade da pessoa humana e não um padrão ótimo de exigências de justiça distributiva.<sup>449</sup>

Segundo Eurico Bitencourt Neto, o mínimo existencial não significa que os direitos sociais sejam fundamentais apenas no que tange o mínimo das suas possibilidades, nem se

---

<sup>445</sup> HEYMANN, Jody; SPRAGUE, Aleta; RAUB, Amy. **Advancing Equality: How Constitutional Rights can make a difference worldwide.** Oakland, California: University of California Press, 2020, p. 273.

<sup>446</sup> KHAITAN, Tarunabh. Political insurance for the (relative) poor: How liberal constitutionalism could resist plutocracy. **Global Constitutionalism**, v. 8, n. 3, pp. 536-570, 2019 doi:10.1017/S2045381719000200.

<sup>447</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: RT, 2014.

<sup>448</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais:** por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. f. 66-86.

<sup>449</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. pp. 80-83.

exclui da justificação aquilo que ultrapassa o mínimo necessário à proteção da dignidade.<sup>450</sup> É preferível, segundo Daniel Wunder Hachem, adotar uma corrente de *rol constitucional preferencial* e não de *conteúdo determinável no caso concreto* em relação à fixação do conteúdo do mínimo existencial reconhecendo-se que é possível extrair da própria Constituição um rol mínimo de prestações que são imprescindíveis para proporcionar ao cidadão condições materiais mínimas de existência digna. A definição de quais seriam essas prestações, segundo o autor, não pode ser totalmente variável de acordo com cada caso concreto, sob pena de o uso desse conceito perder o seu sentido.<sup>451</sup>

Essa possibilidade reduziria a abertura interpretativa do mínimo existencial, hoje passível de variações indiscriminadas, à mercê do intérprete. Por isso, compatível com a defesa de um conteúdo determinado a partir da corrente do *rol constitucional preferencial*, a mutabilidade do mínimo existencial no tempo e no espaço não deixa de ser reconhecida, mas pode ser elencada numa ordem de prioridades, definidas pelas decisões político-jurídicas de cada ordem jurídica em um determinado momento histórico. Numa referência a Ana Paula de Barcellos, o autor indica que se identificam determinados dispositivos constitucionais que afetam diretamente o cerne material da dignidade humana; dispositivos preferenciais, mas não absolutos, suscetíveis de transformações fáticas e jurídicas.<sup>452</sup>

Essas disposições podem ser de natureza material ou instrumental. De natureza material, são a educação básica,<sup>453</sup> a saúde básica<sup>454</sup> e a assistência aos desamparados nos

---

<sup>450</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 99-163.

<sup>451</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, v. 1, n. 1, p. 93-138, 1 jul. 2014; HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 213-217, citando a: BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 300-302.

<sup>452</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 213-217; BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>453</sup> No que diz respeito à educação, para Barcellos o mínimo inclui o ensino fundamental – que segundo a Constituição de 1988, no Brasil, é obrigatório e gratuito. Para o caso análogo da Colômbia, a Constituição de 1991 no seu artigo 67 dispõe que, “*El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica*”.

<sup>454</sup> Segundo Barcellos, em relação à saúde básica, embora haja dificuldade em delimitar os benefícios a serem incluídos no mínimo existencial, o mínimo existencial não pode abranger qualquer benefício de saúde que vise evitar a dor, o sofrimento ou a morte, pois implicaria aceitar a concessão de benefícios avassaladores para a cura de doenças raras, que na maioria das vezes, são reclamados por que têm informações suficientes sobre seus direitos e como exercê-los. A concessão de benefícios para a vida, muitas vezes, implica a vida de milhares de pessoas que

termos da Constituição e da lei. São materiais na medida em que correspondem aos primeiros momentos da dignidade humana e garantem as condições iniciais para o desenvolvimento adequado da autonomia; são pressupostos da participação do cidadão no Estado e evitam a indignidade absoluta. Nas disposições constitucionais instrumentais, o acesso à justiça corresponde a um instrumento de garantia dos outros três.

Sem prejuízo ao anterior, uma coisa é o direito fundamental ao mínimo existencial ou vital e outra são os direitos fundamentais sociais. Se o primeiro visa a erradicar a pobreza e a superar a marginalização, o objetivo dos direitos sociais é reduzir as desigualdades materiais da população e garantir o desenvolvimento nacional. Ao se reconhecer essa diferença, adentra-se no terreno da estrutura normativa e na finalidade do mínimo existencial como critério de justiciabilidade.<sup>455</sup>

Em relação à estrutura normativa do direito ao mínimo existencial, existem duas interpretações divergentes. A primeira é a de que o mínimo existencial é uma regra jurídica aplicável segundo a lógica do "tudo ou nada", o que faz com que a aplicação do direito ao mínimo existencial seja definitiva (uma vez identificado que a pretensão exigida se enquadra nesse direito, ele deve se aplicar e prevalecer sobre todos os outros tipos de argumento). A segunda interpretação é a de que esse direito consiste em um princípio jurídico, cuja realização é dada na máxima medida possível, de acordo com as circunstâncias de fato e de Direito do caso concreto. Sua aplicação seria *prima facie*, isto é, à primeira vista se aplicaria em um grau máximo, mas outros princípios colidentes poderiam reduzir o seu nível de aplicação no caso concreto, podendo inclusive afastar totalmente a sua aplicação. Segundo Wunder Hachem, o primeiro entendimento é o mais adequado, sob o argumento de que, se não há recursos suficientes para garantir até mesmo condições mínimas de existência digna, é porque houve uma escolha equivocada nas prioridades de distribuição dos recursos. O direito ao mínimo existencial já seria produto de uma ponderação anterior, feita pelo constituinte ao fazer escolhas

---

não têm meios adequados nos hospitais públicos, principalmente os pobres, que não têm capacidade de mobilização. Assim, o mínimo existencial se referiria aos benefícios para a saúde disponíveis para todos, deixando de lado o critério de pior ou melhor condição de saúde. Isso corresponderia à saúde básica, em relação aos demais benefícios, as opções políticas pertinentes devem assumir a forma como a lei pode realizá-las. BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 300-302, citada em: HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul:** intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 219.

<sup>455</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul:** intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 222.

no sentido de adotar um modelo de Estado Social, no qual, pelo menos, um conjunto mínimo de condições materiais de dignidade precisa ser assegurado. Desse modo, é preferível determinar o conteúdo do mínimo existencial *a priori*, identificando-se uma lista preferencial a partir de prioridades e elementos extraídos de cada sistema constitucional num determinado contexto, e, uma vez que a pretensão deduzida pelo cidadão em juízo se encontre enquadrada no rol de prestações incluídas nesse mínimo, a sua aplicação no caso concreto será definitiva, não podendo ser afastada por outros argumentos jurídicos.<sup>456</sup>

Já no que diz respeito à finalidade do mínimo existencial como critério de justiciabilidade para comportamentos estatais positivos, tem-se dois entendimentos na doutrina: um que defende o *mínimo existencial como teto máximo* e outro que defende o *mínimo existencial como piso mínimo*. Se for tomado como teto máximo, o juiz poderia efetivar direitos sociais no caso concreto somente até o limite do mínimo existencial, de modo que a sua efetivação para além desse mínimo dependeria de implementação legislativa. Se for tomado como piso mínimo, ele deve ser compreendido como um conjunto de prestações que, se demandadas em juízo, independentemente de regulamentação legislativa, o juiz é obrigado a conceder. Se a prestação de direito social postulada, no entanto, ultrapassar o conteúdo do mínimo existencial, o juiz deverá avaliar cada caso e poderá efetivá-lo ou não, a depender dos outros fundamentos jurídicos que incidirem no caso concreto. Por esse motivo, é desejável entendê-lo como piso mínimo, o que não significa que o cidadão só possa ser beneficiário de prestações que se encontram por esse mínimo: o magistrado poderá garantir uma pretensão que desborde do mínimo existencial, se e somente se, a partir da ponderação, ele justificar sua prevalência ou identificar o seus contornos a partir da própria Constituição.<sup>457</sup>

(3) *Justiça distributiva e estudo empírico como pressupostos da decisão judicial.*

Segundo Jeff King, o futuro político dos direitos sociais não é otimista, há uma crise iminente de tendências e vetores. Em relação às tendências, as transformações na política do Estado de bem-estar desde a década de 1980 trouxeram consigo a diminuição do apoio aos partidos sociais e democráticos – a ascensão ao poder de partidos populistas e ultraconservadores, como no Brasil com o apoio a Jair Bolsonaro; o colapso do sindicalismo forte; a ameaça aos salários ao

---

<sup>456</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 227.

<sup>457</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 226-227.

ritmo de regressão da política fiscal e a persistente distinção entre “pobres” e “mendigos”. Já no que se refere aos novos vetores que intensificam essa dinâmica, encontram-se as mudanças climáticas e demográficas, os massivos processos de imigração e a crise financeira que acompanhará o retrocesso social devido às crises emergentes.<sup>458</sup> Se, como alerta o autor, as consequências geradas serão complexas em países com índices de desenvolvimento sólidos, o que se espera para os demais é ainda mais preocupante.

Por sua vez, a crise que essas tendências acarretam buscará sua salvação – como já tem acontecido – nos tribunais constitucionais. Não significa, então, que a solução seja a não justiciabilidade no estilo dos juízes do *New Deal*, pois diante de sua ausência e da falta de solução em seu lugar, deixaria o cidadão desprotegido contra a violação de seus direitos. A necessidade está na “solução posta”, seja total ou parcial. Seu entendimento é tão complexo quanto o ceticismo do Estado, traduzido na preocupação constante com a vulnerabilidade da liberdade individual, e que pode levar ao descaso com as forças do mercado privado e à sutileza nos argumentos progressivos de revisão judicial. Esse ceticismo foi complementado por uma simplificação excessiva (*oversimplification*) que envolve dois problemas: o do conteúdo mínimo dos direitos – já abordado – e o da escassez.<sup>459</sup>

Nesse sentido, King propõe que o estudo dos direitos sociais deve envolver um julgamento a partir de uma filosofia política elaborada sobre justiça distributiva. Em seu entendimento, a promoção de abordagens constitucionais deve deixar de apoiar o cumprimento de deveres abstratos do Estado, baseados unicamente nos conceitos de liberdade e dignidade, e compreender o tempo que acompanha as relações de trabalho, o aparato burocrático de segurança social ou previdência, saúde, educação, etc. O estudo empírico deve fazer parte da agenda da justiça constitucional.<sup>460</sup>

Os estudos empíricos podem fornecer um conhecimento sistemático semelhante ao desenvolvido em outras ciências (tais como a economia, a sociologia, a antropologia, a ciência política, etc.). Desse modo, podem proporcionar um ambiente intelectual comum no qual estudiosos de diversas disciplinas colaboram e se comunicam, oferecendo-se assim uma

---

<sup>458</sup> KING, Jeff. The Future of Social Rights: Social Rights as Capstone. In K. G. Young (Ed.), **The Future of Economic and Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press. pp. 289-322, 2019. <http://doi.org/10.1017/9781108284653.012>

<sup>459</sup> KING, Jeff. The Future of Social Rights: Social Rights as Capstone. In K. G. Young (Ed.), **The Future of Economic and Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press. pp. 311-313, 2019. <http://doi.org/10.1017/9781108284653.012>

<sup>460</sup> KING, Jeff. The Future of Social Rights: Social Rights as Capstone. In K. G. Young (Ed.), **The Future of Economic and Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press. pp. 314-316, 2019. <http://doi.org/10.1017/9781108284653.012>

dimensão adicional para o estudo do Direito.<sup>461</sup> Segundo Herbert Kritzen, os estudos empíricos no Direito podem ter por método o uso de dados coletados sistematicamente – qualitativa ou quantitativamente – com vistas a descrever ou analisar um fenômeno jurídico.<sup>462</sup> A escolha pela análise empírica no Direito pelos tribunais constitucionais poderia fortalecer e advertir sobre os riscos e benefícios de adotar categorias ou referências jurisprudenciais de tribunais estrangeiros para adaptá-las a problemas domésticos. De fato, contribuiria para uma seleção sistemática dos casos, prestando a devida atenção ao contexto e às práticas constitucionais do país de origem, por exemplo.<sup>463</sup>

Com tudo, é importante uma “ancoragem” dos dados empíricos nas pesquisas, pois é impossível a projeção de uma decisão judicial e suas consequências sem um estudo concreto sobre determinadas situações. A adoção de uma metodologia de pesquisa empírica na agenda do Judiciário deve levar em conta as variáveis e a indicação dos lugares e espaços abrangidos nos casos. E, muito embora seja difícil tornar material essa abordagem, no sentido de se evitarem subjetivismos no emprego correto dos dados e na sua utilização para a construção de uma decisão, é importante promover a adoção de protocolos técnicos sobre as metodologias empíricas a serem adotadas pelos ministros e magistrados nos casos concretos, e caso eles quiserem adotar uma determinada, faz-se imperativa uma justificativa sobre a sua escolha.<sup>464</sup>

(4) *Tutela administrativa efetiva, integral, espontânea e igualitária dos direitos sociais; interpretação respeitosa dos direitos e o reforço da legislação social.* Conforme alertado nas críticas sobre a estrita sujeição à dimensão subjetiva dos direitos sociais para a sua judicialização, King enfatiza que se deve ter cautela com as “batalhas internas do Estado de bem-estar”. Tanto a Colômbia quanto o Brasil identificam uma lógica de litígio maciço de reivindicações ou reivindicações individuais que distorcem o processo de racionamento equitativo. Além disso, a prática de extensão jurisprudencial para resolução de casos análogos

---

<sup>461</sup> EISENBERG, Theodore. The origins, nature, and promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns. **Cornell law Faculty Publications**, n. 974, 2011. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1760&context=facpub>

<sup>462</sup> KRITZERT, Herbert. The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research. In CANE P; KRITZERT, Herbert (Coord). **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. Oxford University Press, 2ª ed, 2010.

<sup>463</sup> HIRSCHL, Ran. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law. **The American Journal of Comparative Law**, v. 53, n. 1, pp. 125-256, 2005. Alguns estudos de pesquisa empírica no direito: IBAÑEZ, Ana; VELÁSQUEZ, Andrea. El proceso de identificación de víctimas de los conflictos civiles: Una evaluación para la población desplazada em Colombia. **Documento CEDE 2006-36**, set. 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/6617775.pdf>; HORTA, Ricardo de Lins; ALMEIDA, Vera Ribeiro; CHILVARQUER, Marcelo. Avaliando o desenvolvimento da pesquisa empírica em direito no Brasil: o caso do projeto pensando o direito. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. vol. 1, n. 2, jul 2014, p. 162-183.

<sup>464</sup> Sobre consequencialismo e empirismo nos tribunais constitucionais, particularmente no Supremo Tribunal Federal: BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 831-858, set./dez.2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i3.71771.

é alarmante e vem ganhando cada vez mais relevância tanto na Corte Constitucional quanto no Supremo Tribunal Federal. O pecado original de certos direitos sociais, como o direito à saúde, corresponde à reorientação das prioridades de racionamento do sistema público para os tribunais.<sup>465</sup> O caminho constitucionalmente adequado é a tutela administrativa efetiva, espontânea, integral e igualitária dos direitos sociais,<sup>466</sup> bem como uma interpretação da lei que respeite os direitos, reforçando a legislação social (*rights-respecting statutory interpretation*).<sup>467</sup>

(5) *Sentenças e decisões estruturais em geral, que visem à administrativização do Direito Constitucional e que prefiram um Direito Administrativo Social.* Numa análise de contexto mais próxima, em termos de desigualdade social, King, Farrah Ahmed e Tarunabh Khaitan sublinham – embora não com essas palavras – a importância de que a justiça rotineira e protagonista prefira uma administrativização do Direito Constitucional, que por sua vez deve ser norteada pelos ideais do Direito Administrativo Social.<sup>468</sup> Para os autores, o uso do Direito Constitucional tende a manter a atenção na privação de direitos específicos em detrimento da igualdade. Nesse sentido, a “evasão” constitucional fraca (*weak constitutional avoidance*) deve ser preferida como a abordagem correta que os juízes devem adotar na adjudicação dos direitos sociais, com vistas a preservar a flexibilidade administrativa e legislativa.<sup>469</sup>

O problema é quando se está perante uma gestão pública cooptada e deficiente e que impede a tutela administrativa integral, efetiva e espontânea dos direitos sociais. Essa talvez tenha sido a principal justificativa para a judicialização dos direitos sociais. Ahmed e Khaitan destacam que a solução não está na refundação do Direito Administrativo como Direito

<sup>465</sup> KING, Jeff. The Future of Social Rights: Social Rights as Capstone. In K. G. Young (Ed.), **The Future of Economic and Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press. pp. 218-319, 2019. <http://doi.org/10.1017/9781108284653.012>

<sup>466</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. f. 66-86.

<sup>467</sup> KING, Jeff. The Future of Social Rights: Social Rights as Capstone. In K. G. Young (Ed.), **The Future of Economic and Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press. P. 320, 2019. <http://doi.org/10.1017/9781108284653.012>

<sup>468</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015; HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 13, n. 13, Curitiba; GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437.

<sup>469</sup> Ao contrário de Jeff King, esses autores procuram analisar as ideias do autor em contextos de judicialização de direitos sociais como o Tribunal Constitucional da Índia e em alguns casos do Supremo Tribunal Federal do Brasil, onde a garantia dos direitos sociais é mais preocupante do que na Nova Zelândia, Canadá Austrália e o Reino Unido. AHMED, Farrah; KHAITAN, Tarunabh. Constitutional Avoidance in Social Rights Adjudication. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 35, n. 3, 2015, pp. 607–625 DOI:10.1093/ojls/gqv003.

Constitucional que dá origem a despachos ou decisões estruturais <sup>470</sup> – como é o caso da declaração de estado de coisas inconstitucional - com consequências adversas para a cortesia institucional (*institutional comity*), uma vez que as decisões fornecem ao administrador pouca orientação geral sobre como agir em casos futuros. Os juízes reformam as relações estruturais internas do governo, mas não fazem o mínimo, o que corresponderia às opções de desenho estrutural para que suas reformas operassem<sup>471</sup> (geralmente nestes últimos casos invocam o respeito ao princípio da "separação de poderes", o que parece contraditório).

Decisões como essas também enfrentam problemas de justificação quanto ao impacto e melhoria do acesso aos direitos sociais e à opção por medidas alternativas e sua disponibilidade. A maioria das opções nessas decisões deve dar precedência a uma interpretação baseada nas regras do Direito Administrativo como a consulta, a coerência, a participação, a transparência e a responsabilização ou prestação de contas, pois tal invocação ajudaria a orientar a Administração Pública. Da mesma forma, no que se refere à sua supervisão ou coordenação do seu funcionamento, de certa forma ao contrário do que propõem César Rodríguez Garavito e Celeste Kauffman,<sup>472</sup> deve-se optar por não assumir tarefas que o Executivo normalmente desempenha, e se houver interferências, como existe na Corte Constitucional e no Supremo Tribunal Federal, devem ser necessárias e proporcionais.<sup>473</sup> Se o tribunal optar por proferir decisões estruturais, deve-se ter uma visão global da estrutura da decisão, considerando também suas consequências e formas de implementação. A estrutura, principalmente, deve avaliar não só a base constitucional de um direito, mas também as circunstâncias administrativas para sua realização.<sup>474</sup>

Nesse contexto, se for necessária uma solução emergencial diante das constantes injustiças sociais, os tribunais constitucionais não deixarão de impor seus critérios de interpretação. O importante é esperar que eles sejam cautelosos e exigentes na aplicação e

---

<sup>470</sup> Ahmed e Khaitan analisam casos estruturais do Tribunal Constitucional da Índia, como o caso *Consumer Education & Research vs. Union Of India & Others*.

<sup>471</sup> AHMED, Farrah; KHAITAN, Tarunabh. Constitutional Avoidance in Social Rights Adjudication. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 35, n. 3, 2015, pp. 607–625 DOI:10.1093/ojls/gqv003, p. 620.

<sup>472</sup> A proposta, em termos gerais, consiste em adotar “*La medida más importante que puede tomar un tribunal nacional para aumentar la probabilidad de que su decisión se implemente es retener su jurisdicción sobre el caso durante el proceso de implementación, lo que se conoce como “jurisdicción de seguimiento” o también “jurisdicción de supervisión”*”. Merece destaque os autores que fazem promoção do diálogo: RODRIGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. **Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales: Estrategias para los jueces, funcionarios y activistas**. Bogotá DC: Dejusticia, 2014.

<sup>473</sup> AHMED, Farrah; KHAITAN, Tarunabh. Constitutional Avoidance in Social Rights Adjudication. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 35, n. 3, 2015, pp. 607–625 DOI:10.1093/ojls/gqv003, p. 620.

<sup>474</sup> O autor destaca a ideia de Cass R. Sunstein de que “[w]hat the South African Constitution Court has basically done is to adopt an administrative law model of socio-economic rights”. SUNSTEIN, Cass R. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. **John M. Olin Program in L. & Econ., Working Paper**, n. 124, 2001.



interpretação dos direitos sociais estão envolvidos. A longo prazo, é necessário fortalecer e tornar mais robustas as normas do Direito Administrativo que permitem o acesso aos direitos sociais com base em leis e políticas pré-existentes. Essas normas devem atender à análise do exercício da discricionariedade, das expectativas legítimas e da equidade dos procedimentos. Os direitos sociais devem ser a pedra angular (*capstone*) e não a pedra fundamental (*fundamental stone*) das políticas.<sup>475</sup>

(6) *A judicialização deve implicar não apenas um controle das escolhas legislativas quanto à satisfação das políticas públicas, mas também a participação política e o acesso aos mais pobres.* Segundo Piketty, a política é importante para a distribuição da riqueza das nações e a desigualdade material não é um fenômeno natural que ocorre inevitavelmente. Diante dessas ideias, é desejável e importante que a distribuição da riqueza seja feita no âmbito político, sendo que as escolhas legislativas devem priorizar esse aspecto para reduzir a desigualdade nos países. O papel que devem cumprir tribunais constitucionais, como a Corte Constitucional e o Supremo Tribunal Federal, além de julgar se a escolha legislativa é adequada ao que prevê a Constituição, é o de analisar se naquela escolha deu-se espaço à participação política e ao acesso dos mais pobres, tomando medidas específicas sobre estes. Esse tipo de solução igualitária (*egalitarian solutions*)<sup>476</sup> pode ter um efeito de longo prazo na redução das desigualdades.

Soluções igualitárias como as propostas por Khaitan já estavam incorporadas na Constituições de 1988 e 1991. A consagração constitucional da igualdade material no preâmbulo ou a existência de um direito limitado à igualdade material no corpo normativo<sup>477</sup> tem contribuído para alcançar esse objetivo.<sup>478</sup> Vale a pena considerar uma leitura e controle

<sup>475</sup> KING, Jeff. The Future of Social Rights: Social Rights as Capstone. In K. G. Young (Ed.), **The Future of Economic and Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press. pp. 289–323, 2019. <http://doi.org/10.1017/9781108284653.012>, p. 323; AHMED, Farrah; KHAITAN, Tarunabh. Constitutional Avoidance in Social Rights Adjudication. **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 35, No. 3 (2015), pp. 607–625 doi:10.1093/ojls/gqv003. P. 624.

<sup>476</sup> KHAITAN, Tarunabh. Political insurance for the (relative) poor: How liberal constitutionalism could resist plutocracy. **Global Constitutionalism**, v. 8, n. 3, pp. 536-570, 2019 doi:10.1017/S2045381719000200, p. 552-553. O autor faz referência ao *Capital do Século XXI* de Thomas Piketty.

<sup>477</sup> No caso do Brasil, a Constituição prevê no preâmbulo “*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna*”; “*art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”, etc. Na Colômbia, o artigo 13 diz “*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados*”.

<sup>478</sup> Na Colômbia, embora a guerrilha, o narcotráfico, o paramilitarismo, a corrupção, a violência, o deslocamento, etc. tenham afetado negativamente a vida colombiana, tem havido avanços graduais na redução da taxa de pobreza, analfabetismo, mortalidade de vida, e no aumento da expectativa de vida e melhoria dos serviços públicos: PERRY, Guillermo. **Decidí contarlo**. Conversaciones sobre cincuenta años de economía y política en Colombia. Bogotá D.C: Editorial Debate, 2019. No caso do Brasil, ficou demonstrado que até pouco tempo atrás os índices de desigualdade de renda no país eram decrescentes: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva**

do dever processual dos agentes políticos em dar a devida atenção à redução da desigualdade material na formulação das políticas. De acordo com Khatitan, esse dever evitaria maiores preocupações do Judiciário sobre decisões substantivas. De acordo com o exposto, é uma opção bastante familiarizada com o Direito Administrativo.<sup>479</sup>

(7) *A importância de se considerar os efeitos sobre aquilo que é tangível financeiramente e se deixa de decidir.* Com relação ao que os tribunais decidem, até aqui já foram apresentadas pesquisas sobre os efeitos de decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional sobre saúde, principalmente quando concedem tratamentos que omitiram juízos técnicos de custo-efetividade, por exemplo. Contudo, as questões sobre as quais os tribunais não decidem – ou deixam de decidir – também têm um custo importante. Vale a pena destacar alguns exemplos.

É o caso da falta de tese clara ou jurisprudência uniforme sobre a racionalização no fornecimento de medicamentos de alto custo, apesar de o tema já ter sido decidido em sede de recurso;<sup>480</sup> do fato de deixar de decidir por quase 20 anos que planos de saúde devem reembolsar o Sistema Único de Saúde por tratamentos de seus clientes no sistema público;<sup>481</sup> da falta de decisão sobre a restrição do teto de gastos sobre o SUS;<sup>482</sup> da falta de decisão sobre a constitucionalidade da duração de patentes no Brasil, com as correspondentes regras que aumentam o custo dos remédios adquiridos pelo SUS.<sup>483</sup> Todos esses exemplos fazem parte do pacote de casos que, como diz Conrado Hübner Mendes, “não tocaram o senso de pressa do STF”, cujo “silêncio e covardia têm preço”, seja qual for.<sup>484</sup>

Em outras palavras, além do necessário planejamento do Judiciário e das mudanças na agenda sobre aquilo que deve se decidir, os ministros e magistrados devem se prevenir e se atentar para evitar que sua omissão gere efeitos macro e microeconômicos, por exemplo. Ou seja, a ausência de uma decisão, incluindo a falta de uma tese clara ou uma jurisprudência

---

**dos direitos fundamentais sociais:** por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. f. 66-86. P. 1.

<sup>479</sup> KHAITAN, Tarunabh. Political insurance for the (relative) poor: How liberal constitutionalism could resist plutocracy. *Global Constitutionalism*, v. 8, n. 3, pp. 536-570, 2019 doi:10.1017/S2045381719000200, p. 558.

<sup>480</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 566471. Relator. Min. Marco Aurélio. Jul. 11 de março de 2020.

<sup>481</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 1931. Relator. Min. Marco Aurélio, 7 de fevereiro de 2018.

<sup>482</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 5680. Relatora. Min. Rosa Weber, 13 de abril de 2017.

<sup>483</sup> Refere-se aos casos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4234, Relatora. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, 06 de maio de 2009; ADI 5529 de 2016.

<sup>484</sup> Os casos deste ponto são analisados e apresentados por: MENDES, Conrado Hübner. Quanto o STF custa para o SUS? **Folha de São Paulo**. São Paulo. 3 nov. 2020. Opinião. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/11/quanto-o-stf-custa-para-o-sus.shtml>

uniforme, pode gerar um aumento desproporcional nos orçamentos públicos, uma vez que há uma falta de precisão e controle das escolhas orçamentárias sobre questões que antes estavam em suas diretrizes e que foram afastadas da sua análise (efeitos macroeconômicos). Além disso, pode aumentar os custos de transação, como no caso da falta de decisão sobre o que os planos de saúde devem reembolsar ao Sistema Único de Saúde (efeitos microeconômicos).<sup>485</sup> De acordo com o acima exposto, é evidente que decisões e não decisões geram efeitos; por este motivo, uma análise econômica e também social apenas sobre o que é decidido é incompleta e aparente.

(8) *Experimentos constitucionais como reformas estruturais além da justiça: as diretrizes de políticas igualitárias específicas.* Por fim, o esforço para conter o aumento dos níveis de desigualdade não cabe apenas ao Judiciário em sua avaliação das circunstâncias sociais. A prática e a forma como as constituições foram escritas, e como foi mostrado ao longo deste trabalho, deram-lhe um certo destaque ou protagonismo. Porém, as reformas devem ser estruturais; as mudanças constitucionais devem ser baseadas em experimentos para dar mais força à igualdade material. A vontade política e a discricionariedade administrativa, vinculadas à Constituição, devem ser consistentes com as diretrizes políticas igualitárias específicas. As experiências da Índia para promover esforços constitucionais, visando à redução das desigualdades (art. 38, parágrafo 2),<sup>486</sup> as da Tailândia, com o fortalecimento dos mecanismos políticos para garantir que os agentes políticos não possam ignorar suas obrigações constitucionais,<sup>487</sup> e as do Nepal, com a exigência política de que o governo apresente relatórios anuais sobre a aplicação progressiva das diretrizes sociais, supervisionados pelo Parlamento, podem constituir uma análise *ex post* de avaliação das políticas públicas, de certa forma ajudando às múltiplas discussões em torno do controle jurisdicional.<sup>488</sup> Avaliadas essas

<sup>485</sup> GAVIRIA, Juan Antonio. Nuevos fallos jurídicos y fallas económicas de la Corte Constitucional colombiana. **Precedente**, Cali, Colômbia, v. 4, pp. 9-37, jan./jun, 2019. Disponível em: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/3358/3582>

<sup>486</sup> “The State shall, in particular, strive to minimise the inequalities in income, and endeavour to eliminate inequalities in status, facilities and opportunities, not only amongst individuals but also amongst groups of people residing in different areas or engaged in different vocations”.

<sup>487</sup> Constituição da Tailândia de 2017, seção 162, “The Council of Ministers which will assume the administration of the State affairs must, within fifteen days as from the date it takes office, states its policies to the National Assembly, which must be consistent with the duties of the State, directive principles of State policies and National Strategy, and declares the sources of incomes which will be expended in the implementation of the policies, with respect to which no vote of confidence shall be passed”.

<sup>488</sup> Constituição do Nepal de 2015, arts. 53 e 54. “**53. Submitting report.** An annual report regarding the works of the government including the achievements made in the implementation of the directive principles, policies and responsibilities mentioned in this Part, shall be presented to the President. The President shall make arrangements to send such reports to the Federal Legislature through the Prime Minister. **Legislative committees 54.** Provision regarding monitoring There shall be a committee in the Parliament as provided for in law to monitor the progressive implementation of the directive principles, policies and responsibilities of the state as mentioned in this Part”. Na Colômbia, a fim de garantir o controle social do Executivo, foi regulamentado pela Lei 489 de

experiências e considerando-se as circunstâncias tanto da Colômbia quanto do Brasil, elas podem ser úteis para a construção do diálogo institucional e o aprimoramento dos sistemas institucionais.<sup>489</sup>

---

1998 a “**reedição de Contas**”. Que corresponde mais como uma expressão da democratização da Administração Pública. No Brasil, o Tribunal de Contas da União (TCU) avalia e acompanha a gestão pública nos programas de governo e, na doutrina, a análise *ex post* vem ocupando espaço na apreciação e avaliação das políticas públicas. Sobre este último ver: CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 3, pp. 773-794, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.59730.

<sup>489</sup> Os casos foram propostos em: KHAITAN, Tarunabh. Political insurance for the (relative) poor: How liberal constitutionalism could resist plutocracy. **Global Constitutionalism**, v. 8, n. 3, pp. 536-570, 2019 doi:10.1017/S2045381719000200, p. 555-570.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do comportamento judicial da Corte Constitucional da Colômbia e do Supremo Tribunal Federal do Brasil, seus vestígios demonstrativos, as conquistas e avanços, os declínios, assim como os possíveis caminhos para um melhor desempenho de sua jurisdição, permitiram a exploração de ideias, a formulação de críticas e a idealização de propostas, apreciadas aqui por meio das considerações finais.

Muitas questões ainda surgem sobre a forma, o método, as regras e outras condições a partir das quais a justiça constitucional é exercida na Colômbia e no Brasil. Em concordância com esta exploração, observação e formulação, e na tentativa de desenvolver respostas, serão feitas quatro perguntas fundamentais: Como se chegou até aqui? O que deveria ser reconhecido? Quais têm sido os problemas? Como proceder? Qual poderia ser o caminho?

Essas questões constituem uma espécie de premissa ou estratégia de embarque para comparar os dois sistemas de justiça constitucional.

### Como se chegou até aqui?

1. Não é à toa que o constitucionalismo revolucionário francês e estadunidense tenha tido reflexos e repercussões significativas além de suas fronteiras, neste caso, na construção do modelo de Estado no esquema de justiça constitucional adotado pela Constituição de 1991 na Colômbia e pela Constituição de 1988 no Brasil. Esses reflexos e/ou repercussões estão relacionados ao entendimento do respeito à soberania do povo, à supremacia da Constituição, à garantia do princípio da legalidade, entre outros.

2. O triunfo das lutas sociais para o estabelecimento de um novo modelo de Estado, governo ou Constituição foi um assunto de elites, cujas conquistas influenciaram o estabelecimento de um poder ou autoridade do Judiciário. Enquanto na França a crescente manifestação jurisprudencial do *Conseil Constitutionnel* implicava uma transformação da própria noção de Constituição devido às constantes referências à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – que era pensada contra a sociedade hierárquica e os privilégios dos nobres, mas não a favor de uma sociedade democrática e igualitária –, nos Estados Unidos, a Constituição de 1787 constituía um projeto político de classe, destinado a salvar e a legitimar a supremacia da liberdade de uma minoria influente.

3. Tanto o modelo francês quanto o estadunidense contribuíram para a consolidação dos pressupostos do Estado na Colômbia e no Brasil; porém, suas contribuições

foram diferentes. Enquanto nos Estados Unidos surgiu um modelo de Estado Constitucional de Direito, com supremacia da Constituição, um poder dos juízes de fazer controle de constitucionalidade, e principalmente, o reconhecimento da ideia de Constituição não apenas como um documento escrito de valor superior – ideias essas que na metade do século XX foram retomadas pelo neoconstitucionalismo –, na França o que se formou foi um modelo de Estado Legislativo de Direito, baseado na supremacia da lei sobre as demais normas (inclusive sobre as normas da Constituição), com desconfiança em relação ao Poder Judiciário e sem instrumentos de controle repressivo de constitucionalidade, preferindo-se o termo *autorité judiciaire*, uma vez que o termo “poder” estava reservado somente ao Legislativo e Executivo.

4. O modelo de Estado Constitucional de Direito na Colômbia e no Brasil, ao colher os frutos de uma tradição, principalmente estadunidense, adota Constituições que se estabelecem num modelo de justiça inserido no paradigma do constitucionalismo contemporâneo (chamado por alguns de neoconstitucionalismo), marcado pelos pilares do Estado Constitucional de Direito, com extensos catálogos de direitos fundamentais, reconhecimento da supremacia da Constituição, instrumentos de controle de constitucionalidade forte e o empoderamento do Poder Judiciário para o exercício desse controle.

5. A consolidação do Estado Constitucional de Direito representou o triunfo na transição entre o "velho" e o "novo" constitucionalismo. Esse constitucionalismo contemporâneo foi estruturado na direção da supremacia constitucional e, conseqüentemente, da supremacia judicial. Seja por meio de uma lógica de elite de seguros ou como um triunfo das lutas sociais contra o silêncio, a censura e o atraso representados por governos autoritários ou em contextos marcados por longos períodos de conflito armado interno, como nos casos do Brasil e da Colômbia, respectivamente, o neoconstitucionalismo impôs uma nova forma de reivindicar direitos e limitar o poder a qualquer preço, especialmente se este é arbitrário.

6. A herança europeia e americana impregnada na Colômbia e no Brasil também se identifica com a figura do controle de constitucionalidade e seu exercício contra a validade da vontade democrática da Constituinte. A Colômbia e o Brasil apresentam ricas experiências sobre o controle de constitucionalidade. Desde as primeiras constituições na segunda metade do século XX e ao longo dos tempos, ambos os sistemas adotaram nuances que hoje os identificam como herdeiros de duas vias para o controle de constitucionalidade. Um controle concentrado e abstrato (típico da tradição austríaca) e um controle difuso e concreto (herança do constitucionalismo estadunidense).

7. Tanto a Constituição de 1988 do Brasil quanto a Constituição de 1991 na Colômbia depararam-se com uma tradição centenária do controle de constitucionalidade. Na atualidade, na Colômbia e no Brasil, privilegiou-se um sistema de controle misto, ou seja, abstrato e concreto. Na Colômbia, particularmente, o controle de constitucionalidade foi transformado não apenas quanto ao seu quadro institucional, já que o exercício de sua competência foi confiado à Corte Constitucional, com particulares exceções ao Conselho de Estado, mas também pelo estabelecimento de uma ação de “tutela” judicial (imediate e sumária) dos direitos fundamentais. No seu exercício, manteve-se a ação pública de inconstitucionalidade que representa uma conquista do ponto de vista da abertura da justiça constitucional ao cidadão por meio da legitimidade dos cidadãos de provocar o controle abstrato. Já no Brasil, muito embora tenha-se privilegiado um sistema de controle misto, graças às reformas legislativas, às emendas constitucionais e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o controle de constitucionalidade supõe um amplo movimento expansivo do modelo concentrado e abstrato, em detrimento da tradição de controle difuso e concreto de constitucionalidade. Além disso, quanto ao controle abstrato, limitou-se o seu exercício aos legitimados universais ou aos legitimados com relevância temática nos termos da Constituição de 1988.

8. Hoje, as mutações históricas do controle de constitucionalidade na Colômbia e no Brasil apresentam uma das ferramentas mais fundamentais da ordem constitucional. Essa ferramenta foi transformada não só no que diz respeito ao arcabouço institucional, com atribuição de competências constitucionais específicas ao Supremo Tribunal Federal e à criação de uma Corte Constitucional, mas também foi complementada com outros tipos de ações constitucionais que visam à proteção de direitos fundamentais, a vigência do Estado de Direito constitucional e a prevenção do enfraquecimento da democracia.

9. Por outro lado, o desenho político-jurídico da jurisdição constitucional no Brasil e na Colômbia, a partir das Constituintes de 1988 e 1991, é essencial para a compreensão da realidade. Contextualmente, ambos emergiram de uma crise de precedentes distintos: no Brasil, a ditadura militar; na Colômbia, o ataque sistemático de grupos paramilitares e guerrilheiros, a violação constante dos direitos humanos e uma crise institucional acentuada. As duas análises (Colômbia- Brasil), no entanto, convergem-se quanto à necessidade de reconhecer o direito à reparação de vítimas, a dignidade dos cidadãos e, em geral, a garantia do interesse público. A construção das Constituições exigiu uma transição entre o passado, o presente e o futuro.

10. Finalmente, no que tange ao desenho da jurisdição constitucional, ambas as constituições estabeleceram um amplo e robusto catálogo de funções. O medo da insegurança

jurídica, da desestabilidade institucional, do descaso dos postulados constitucionais e da não garantia dos direitos fundamentais, foi, talvez, o maior aliado para esta consagração. Ao inovar para algo melhor – nesse caso a melhoria foi representada pelo estabelecimento ou consolidação de uma jurisdição constitucional –, diminuíram-se os temores quanto ao seu impacto e quanto ao futuro. O esquema ideal da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal é digno de respeito e a trajetória até agora mostra que é arriscado ampliar ainda mais os superpoderes desses tribunais. Exige-se controle, limites e reformas.

### **O que deveria ser reconhecido?**

1. São notórias as conquistas e os avanços no exercício da jurisdição constitucional na Colômbia e no Brasil. A realidade mostrou que a jurisdição constitucional interveio para consolidar e estabilizar as estruturas democráticas, evitar a ameaça de retorno dos modelos autoritários e dar maior voz a modelos de participação quase inoperantes ao longo da história. Esse caráter interventivo entende a democracia como um conceito normativo, por meio do qual se reconhece uma superioridade epistemológica do processo democrático, no qual a jurisdição constitucional intervém para que as decisões sejam confiáveis e eficazes. Em suma, essa intervenção permitiu não só o controle do processo democrático, mas também a garantia da proteção da autonomia pessoal e a possibilidade de conceber a Constituição como prática social.

2. O caráter interventivo da justiça constitucional como controle do processo democrático permitiu que grande parte das condições de legitimidade constitucional e de garantia do conteúdo dos direitos fossem alcançadas ou satisfeitas. Por sua vez, como garantia de proteção da autonomia pessoal, a Corte Constitucional e o Supremo Tribunal Federal prevaleceram contra normas morais intersubjetivas e inaceitáveis; quer dizer, tentou-se dar valor às ações individuais por meio de seus efeitos sobre os interesses de vários indivíduos. Por fim, a intervenção como mecanismo para conceber a Constituição como prática social tornou mais efetiva as decisões democráticas. Os modelos de intervenção não são absolutos, podem ser adaptados a casos específicos, na forma ou nas formas em que encontram a melhor justificativa. Por sua vez, não são taxativos, sendo admitidos outros argumentos que sustentem este caráter interventivo e promoção da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal.

3. As formas ou argumentos do caráter interventivo apresentados representam um problema com múltiplas compreensões. Portanto, uma resposta completa à



forma de intervenção da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal, seria, no mínimo, insuficiente. O trabalho apresentou, ainda assim, algumas ideias relevantes. A Corte Constitucional tem sido vigorosa na proteção dos direitos fundamentais de indivíduos e minorias, bem como no controle de abusos por parte de autoridades e de grupos de poder. É por isso que sua atuação é classificada como "atípica": a Corte Constitucional nasceu em um Estado capitalista liberal contemporâneo, mas opera por meio do Direito concebido como instrumento essencial contra a dominação desse modelo de Estado. No Brasil, a partir de 1988, com ocasião da redemocratização do país, o Supremo Tribunal Federal tornou-se um importante instrumento de proteção dos direitos fundamentais e um protagonista do progresso social. Em ambos os casos, o fator identidade correspondeu à luta cívica, marcada por um contexto de desigualdade social e diversidade cultural, sem o devido reconhecimento.

4. O constitucionalismo e o exercício da jurisdição constitucional serviram como remédio contra a exclusão e discriminação das minorias, e para garantir a dignidade humana e a estabilidade do sistema democrático. Ou seja, certas decisões dentro do constitucionalismo vigente ofereceram uma melhoria ou uma mudança favorável contra a segregação e práticas sociais discriminatórias. Representam símbolos das conquistas sociais de minorias na luta contra a opressão da maioria e, geralmente, contra os tradicionais moralismos subjetivos invocados como públicos e gerais, apesar de serem sem contexto ou realidade. Essas decisões podem representar não apenas conquistas na luta das minorias pela reivindicação e reconhecimento de seus direitos; permitem, também, uma maior garantia da dignidade humana, da autonomia individual e do livre desenvolvimento da personalidade bem como são orientadas para dar estabilidade ao sistema democrático e para garantir e/ou compreender quem são as vítimas em processos autoritários e de violência generalizada.

5. Através das decisões que representam conquistas da luta das minorias pela reivindicação e reconhecimento de seus direitos, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto a Corte Constitucional se destacam como forças e limites diante de normas e/ou práticas sociais discriminatórias. São particularmente notáveis as decisões que visam à reivindicação dos direitos, da autonomia e da dignidade das mulheres, da população LGBTIQ+ e das comunidades étnico-raciais.

6. As decisões orientadas para a garantia da dignidade humana, da autonomia individual e do livre desenvolvimento da personalidade complementam as outras categorias propostas. Em termos gerais, essas decisões têm grande impacto na garantia de direitos. Por sua vez, em relação as decisões que visam à estabilidade do sistema democrático e/ou à reparação das vítimas em processos autoritários e violências generalizadas, elas têm

servido como garantia para a construção da verdade, da justiça e da reparação de injustiças. Assim, se as realidades que configuram os retrocessos forem reparados, as sociedades, ao que parece, estarão no caminho da consolidação da democracia e do desenvolvimento.

7. O constitucionalismo e o exercício da jurisdição constitucional, além de servir de remédio, apresenta uma faceta temporária. Essa condição, que se refere principalmente aos direitos sociais, tem duas leituras. A primeira é que apesar de esses direitos terem progredido positivamente no sentido de garantir a dignidade humana, ainda há um longo caminho a percorrer. A segunda é que, se aparentemente houve uma conquista efetiva dos direitos sociais, garantidos pela Corte Constitucional e pelo Supremo Tribunal Federal, esse progresso se estagnou, reprimindo uma das reivindicações mais relevantes da proteção dos direitos sociais: a redução das desigualdades. Este trabalho destacou alguns avanços e conquistas que contribuem para a consolidação de uma sociedade mais justa.

8. O número significativo de decisões envolvendo direitos sociais refere-se principalmente à saúde e à educação. A partir das Constituições de 1988 e 1991, assim como da elevação do Supremo Tribunal Federal e da criação da Corte Constitucional como tribunais constitucionais, o exercício da função jurisdicional constitucional tem tido um impacto relevante sobre o Estado e a efetividade dos direitos fundamentais. Decisões voltadas ao reconhecimento do direito ao trabalho das pessoas que exercem a prostituição; à inconstitucionalidade de um sistema financeiro de moradia regressivo; à condicionalidade das normas que limitaram a origem do “*Índice de Impacto Fiscal*” (IIF) contra as decisões de tutela; à garantia do direito à consulta prévia; ao fornecimento gratuito de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes soropositivos sem recursos financeiros; à garantia do direito à educação infantil, por meio do fornecimento de creches e acesso à pré-escola, como um dever do poder público para dar efeito a este direito são alguns desses exemplos.

9. O trabalho realizado realizou uma análise dos efeitos das sentenças estruturais nas quais é declarada o estado de coisas inconstitucional. Ao contrário dos outros julgamentos para a proteção dos direitos fundamentais, os julgamentos, decisões ou sentenças estruturais: (a) procuram pôr fim às violações generalizadas e sistemáticas de direitos que afetam um número plural de pessoas; (b) mostram que as causas que dão origem a essas situações surgem de bloqueios institucionais que impedem a capacidade corretiva do Estado; (c) apresentam as ordens judiciais que correspondem a questões complexas que não só são corretivas, mas também envolvem a concepção e implementação de políticas públicas; (d) na maioria dos casos, a aprovação desses julgamentos são acompanhadas de uma fase de acompanhamento e cumprimento da sentença.

10. O progresso da proteção estrutural dos direitos por intermédio das decisões declaratórias de estado de coisas inconstitucional tem sido lento e gradativo, apesar da urgência que as questões ainda merecem no momento. Ainda assim, não se deseja descartar todo o esforço da jurisdição constitucional, tanto pela Corte Constitucional, para questões relacionadas ao deslocamento, à saúde e à dignidade humana nas prisões, quanto pelo Supremo Tribunal Federal, também quanto à grave violação dos direitos fundamentais dos cidadãos nas prisões, que como todos os demais, beneficiários de um regime constitucional, merecem ter garantidas as condições da dignidade humana.

### **Quais têm sido os problemas?**

1. Os declínios, riscos e problemas do exercício da jurisdição constitucional na Colômbia e no Brasil merecem especial atenção. Essas questões geralmente encontram fundamento no argumento da grave lesão ao princípio democrático e na compatibilidade entre democracia e constitucionalismo. Nesse sentido, a tensão entre democracia e constitucionalismo, assim como a análise da compatibilidade de determinada decisão judicial constitucional com a democracia, são questões que parecem ir além da complexa extensão, ingerência ou atribuição de competências que constitucionalmente foram atribuídas aos tribunais constitucionais – muitas delas estruturadas com base na sua função de defensor ou guardião da Constituição. Na realidade, a tensão envolve também questões de natureza ambiciosa (tanto da Constituição de 1988 no Brasil quanto da Constituição de 1991 na Colômbia), como a politização dos tribunais constitucionais, a sua vaidade e a sobreposição de funções.

2. Uma das razões que justificam reconhecer a natureza ambiciosa das Constituições da Colômbia de 1991 e do Brasil de 1988 é que elas permitem que os juízes constitucionais possam deliberar quase “acima de tudo”. Por sua parte, a politização, seja ela funcionalista, centrada nos direitos, institucionalista ou centrada no tribunal, espalhou-se em grande escala, como em processos e resultados eleitorais, em questões de justiça restaurativa, da identidade coletiva e da construção da nação. Nesse sentido, a relação entre política e justiça constitucional é quase indivisível, ora pela própria ideologia dos juízes, ora pela postura progressista ou conservadora das decisões ou simplesmente pelo conteúdo do assunto sobre o qual se vai decidir.

3. Na atualidade, mostra-se que a crítica baseada no fato de os juízes constitucionais não poderem conhecer matéria de conteúdo político vem perdendo plena

validade por várias razões, entre elas: a recepção popular de algumas decisões, alguns avanços e triunfos de setores tradicionalmente discriminados e o fato de que tanto a Corte Constitucional como o Supremo Tribunal Federal desempenham relevantes funções constitucionais. O que se torna válido, então, consiste numa expansão da politização centrada no próprio tribunal, beneficiando-se de um quadro institucional favorável, um Judiciário relativamente autônomo e um ambiente político amplamente recebido. Os juízes parecem se ver como heróis, imaculados, socialmente aceitos, sem qualquer tipo de fraqueza. A justiça constitucional então, além de suas virtudes, torna-se arrogante com seu exercício hermenêutico.

4. A tensão também se refere à “ vaidade ” da justiça constitucional, protegida pela independência judicial e pela sobreposição de funções atribuídas aos tribunais constitucionais. Com relação à vaidade da justiça, ela comporta duas questões fundamentais: por um lado, o exercício da independência judicial, garantido nas Constituições de 1991 e 1988, deve estar atento que o que é decidido pode não ser geralmente aceito, as decisões podem ser excepcionais ou incomuns. Por outro, quando se trata de decidir questões relacionadas aos direitos sociais e sua aceitação geral, embora as decisões sejam baseadas no Direito, não significa dizer que sejam justas, pois o juízo de igualdade para todos deve ser uma constante fundamental na decisão judicial independente.

5. No que tange às funções atribuídas aos tribunais, alguns problemas comuns sobre a Corte Constitucional quanto o Supremo Tribunal Federal são: a ingerência no poder político ao dar a última palavra em decisões do legislativo e do executivo; a falta de capacidade de análise de elementos extraconstitucionais, principalmente de natureza técnico-científica, que extrapolam o conhecimento dos juízes; e a ausência de uma estrutura racional que comporte a revisão e a decisão das tutelas e recursos que diariamente chegam à Corte Constitucional e ao Supremo Tribunal Federal, considerando o número limitado de juízes.

6. Junto com as discussões sobre a tensão entre democracia e constitucionalismo – se são compatíveis ou não – encontra-se também a análise do papel da justiça constitucional para alcançar, construir ou fomentar a democratização. Com tudo, sabe-se que o debate da democratização, como um meta-conceito expansivo, refere-se a questões complexas ou com um desconhecido complexo.

7. Os problemas também se traduzem num constitucionalismo de encantamento e nas contradições ao princípio da igualdade. O constitucionalismo de encantamento parte do pressuposto que existem decisões proferidas pelos tribunais constitucionais que são atrativas pela graça e simpatia do seu conteúdo, que os tribunais

parecem possuir poderes mágicos para a solução de diversos problemas sociais e políticos, mas que, na realidade, são aparentes e não necessariamente eficazes. Nesse sentido, tanto a Corte Constitucional quanto o Supremo Tribunal Federal aparecem como os arquitetos de um constitucionalismo de encantamento, principalmente no que diz respeito à judicialização e à efetivação do conteúdo dos direitos fundamentais sociais e à garantia da igualdade por intermédio de suas decisões.

**8.** O encantamento tem a ver com problemas estruturais, que por sua vez levantam dois aspectos fundamentais. O primeiro, mais formal, relacionado à proporção de decisões e/ou julgamentos descumpridos, e o segundo, mais substancial, corresponde à forma como os direitos sociais estão sendo protegidos tanto na Corte Constitucional quanto no Supremo Tribunal Federal. No que tem a ver com a proporção de decisões e/ou julgamentos, evidenciou-se um crescente descumprimento destes na Colômbia, fazendo da garantia dos direitos um assunto complexo. Já sobre a garantia progressiva dos direitos sociais, ela é ainda insuficiente; insuficiência esta que se evidencia quando se examina o papel efetivo da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal na redução das desigualdades, na garantia do princípio constitucional da promoção da prosperidade geral e do direito fundamental ao desenvolvimento e ao bem-estar em termos constitucionais. A resposta preliminar a esta análise merece ser observada a partir de alguns casos específicos, porém, visa a confirmar o argumento segundo o qual a concessão de benefícios com base na titularidade de direitos sociais nas decisões da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal tem sido erroneamente analisada, tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina, pois alega apenas uma dimensão subjetiva dos direitos sociais, deixando de lado a existência real de uma dupla dimensão (subjetiva e objetiva) e de uma dupla titularidade (individual e transindividual) desses direitos. Assim também, deve-se ter em vista que a determinação e admissão dessas obrigações concentradas no Estado se dão, em primeiro lugar, dentro da livre configuração legislativa e da discricionariedade administrativa, perante a concreção normativa de cada pretensão jurídica – sujeitas à reserva do politicamente oportuno, e, em segundo lugar, a certas reservas legais e fáticas.

**9.** Os problemas ao redor do exercício da jurisdição constitucional apresentam, também, um comportamento judicial solipsista. Esse comportamento parte do pressuposto de que os tribunais constitucionais são capazes de coisas extraordinárias dentro das próprias experiências dos juízes – que vão além do que a própria Constituição estabelece –, o que é considerado uma ilusão ou falta de objetividade do ponto de vista normativo, já que envolve atitudes judiciais, na sua maioria individuais, que não encontram respaldo jurídico,

mas sim em considerações pessoais e, por vezes, julgamentos de valor infundado. Este problema de solipsismo judicial é um fato que gera constantes críticas ao Supremo Tribunal Federal no Brasil. Entretanto, na Colômbia, com a Corte Constitucional, as objeções são raras, quase inexistentes, e as poucas que foram levantadas estão relacionadas a aspectos procedimentais constitucionais.

**10.** A afronta à Constituição, principalmente no Supremo Tribunal Federal, é uma constante que pode alertar o exercício da função jurisdicional constitucional na Colômbia. Comportamentos judiciais solipsistas e para além da Constituição decepcionam a construção do Estado. A entrada dos tribunais na arena política não é um assunto pacífico e generalizado, pois a política é tão diversa quanto seus interesses. O perigoso é quando esses instrumentos se tornam fonte de estímulos de restrições nos tribunais; quando a decisão é mais populista do que crível; quando mesmo sólidos, os argumentos jurídicos são substituídos por julgamentos de valor subjetivos que obscurecem o dever da "humildade constitucional".

### **Como proceder? Qual poderia ser o caminho?**

**1.** Como todo problema, é necessário investigar o diagnóstico e prescrever um possível tratamento. É assim que se constroem uns “ideais reguladores”, tanto para a Corte Constitucional quanto para o Supremo Tribunal Federal. Esse ideal seria capaz de nortear os esforços institucionais em compreender o diagnóstico dos modos de funcionamento, o tratamento do desempenho institucional e de se alertar e propor a correção de possíveis imperfeições e de novos caminhos para as funções jurisdicionais; permitiria a estabilidade, que só seria plenamente efetiva quando se contasse com a força política e social para mobilizar as mudanças que as instituições e a sociedade exigem.

**2.** Esses ideais reguladores estruturam-se em dois eixos: o exercício hermenêutico e a institucionalidade nos tribunais constitucionais. Com relação ao exercício hermenêutico, encontram-se algumas ideias concretas no Poder Legislativo e desde a intervenção cidadã que poderiam ser adaptadas, dando-se preferência por métodos consensuais baseados no diálogo institucional. Já no que tem a ver com a institucionalidade nos tribunais constitucionais, analisa-se a redistribuição de poderes; a redução ao máximo do exercício de poderes monocráticos; uma melhor qualificação no processo deliberativo dos tribunais constitucionais e na procura de estratégias de diálogo institucional

**3.** A partir dos problemas e riscos apresentados, o diagnóstico da situação de emergência centrou-se em dois pontos fundamentais: o exercício hermenêutico e a

institucionalidade nos tribunais constitucionais. No que diz respeito à hermenêutica da justiça constitucional, e apesar da multiplicidade de catálogos de diretrizes de conduta sobre como os juízes devem decidir, a situação atual mostra uma usurpação para além da literalidade, que fragiliza o sistema constitucional e prejudica a segurança jurídica das decisões.

4. O diagnóstico baseado na institucionalidade da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal apresentou inconsistências na redistribuição das competências e redução ao máximo do exercício das competências monocráticas; na melhor qualificação de processo deliberativo; e finalmente, na procura de estratégias para o diálogo institucional.

5. O tratamento que pode ser seguido para superar este diagnóstico responde aos dois pontos fundamentais apresentados. Para a hermenêutica constitucional, vários caminhos podem ser seguidos, como: o encaminhamento ao legislativo; a intervenção de um órgão de representação popular; por intermédio da própria cidadania; por soluções baseadas na presença de representantes específicos, diretamente ligados aos assuntos a serem decididos, embora não garanta a proteção dos respectivos interesses, pois a falta destes agravaria a imparcialidade dos tribunais; e a adoção e a preferência por métodos consensuais baseados no diálogo (esse último, considerando-se a importância da autonomia individual e o governo coletivo).

6. Por sua vez, o tratamento a partir do diagnóstico da institucionalidade da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal resume-se em três questões importantes: na redistribuição de poderes e na redução ao máximo do exercício de poderes monocráticos; uma melhor qualificação em seu processo deliberativo; e, por fim, na procura de estratégias de diálogo institucional. Neste trabalho foram apresentadas algumas propostas de solução para superá-las, assim como alguns caminhos ou tratamentos.

7. O trabalho apresentou uma reflexão particular no que se refere aos novos caminhos para a judicialização dos direitos sociais e a redução das desigualdades materiais, como questão destacada. Essa reflexão impõe entender que a Corte Constitucional e o Supremo Tribunal Federal, como tribunais constitucionais, devem reorientar a forma tradicional de decisão judicial para a garantia dos direitos sociais se verdadeiramente têm por pretensão a defesa da Constituição, principalmente quando esta garante não só a redução das desigualdades materiais, mas também a erradicação da pobreza e da marginalização, e a promoção das condições para que a igualdade seja real e efetiva, adotando medidas em favor de grupos discriminados ou marginalizados.

8. Foram apresentadas algumas reflexões para abordar esses novos caminhos para a judicialização dos direitos sociais e a redução das desigualdades materiais. Destaca-se a estimulação de soluções políticas, em coordenação com defensores dos direitos humanos,

ONGs e sindicatos na cena política, que fomentem, entre outras soluções, a importância da proteção intersetorial, interseccional e intergeracional dos direitos sociais. O aprofundamento da crise dos direitos sociais, com a deslegitimação do grande papel desempenhado pelas Constituições e tribunais constitucionais em sua proteção, pode ocorrer diante das inexistência de uma análise profunda que: (i) projete decisões judiciais e analise o impacto legislativo "de baixo para cima", com uma visão inclusiva e participativa (intersetorial); (ii) reconheça a projeção futura das decisões e a necessidade de garantir o direito ao futuro das próximas gerações (intergeracional); e que (iii) perceba que as desigualdades e a discriminação entre setores e gerações podem ser múltiplas ou comuns a vários indivíduos (intersetoriais).

9. Destaca-se também a importância da compreensão adequada do mínimo existencial para a erradicação da pobreza e como medida a favor dos grupos marginalizados, bem como a prevalência da justiça distributiva e o estudo empírico como pressupostos da decisão judicial.

10. Sublinhou-se, também a importância de reconhecer a tutela administrativa efetiva, integral, espontânea e igualitária dos direitos sociais; a interpretação respeitosa dos direitos e o reforço da legislação social; e que as sentenças e decisões estruturais em geral visem à administrativização do Direito Constitucional e prefiram um Direito Administrativo Social. Nesse contexto, são necessárias decisões que controlem a discricionariedade, as expectativas legítimas e a equidade dos procedimentos que impliquem não apenas um controle das escolhas legislativas quanto à satisfação das políticas públicas, mas também a participação política e o acesso aos mais pobres; e de experimentos constitucionais como reformas estruturais além da justiça, por exemplo, as diretrizes de políticas igualitárias específicas.

Por fim, como diz Pierre Legrand, em texto referenciado nesse trabalho, o fruto da comparação entre o Direito brasileiro e o Direito colombiano é a produção de ficção. O estudo feito neste caso sobre “o Direito brasileiro” parece ser enganoso. Não pela veracidade do que aqui se apresenta, mas sim pelo jeito das palavras de um comparatista estrangeiro. Ao pesquisador não lhe pertence a língua portuguesa, mas fez ela quase que própria para se debruçar numa cultura, “num Direito”, num sentido de entender as relações sociais nas quais viveu e vive.



## REFERÊNCIAS

- ABAT NINET, Antoni. The inexorableness of constitutional amendments and its democratic potentiality. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 689-705, set./dez. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i3.73540.
- AKERMAN, Marco; SÁ, Ronice Franco de; MOYSES, Simone; REZENDE, Regiane; ROCHA, Dais. Intersetorialidade? Intersetorialidade! **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 11, nov. 2014, DOI. doi.org/10.1590/1413-812320141911.10692014
- AGUIAR DE LUQUE, Luis. **El gobierno del poder judicial: Una perspectiva comparada**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- AHMED, Farrah; KHAITAN, Tarunabh. Constitutional Avoidance in Social Rights Adjudication. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 35, n. 3, 2015, pp. 607–625 DOI:10.1093/ojls/gqv003.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ALEXY, Robert. Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. *In*: CARBONELL, Miguel (ed). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003, pp. 31-48.
- ÁLVAREZ RIVADULLA, María José. ¿por qué preocuparnos por la desigualdad en Colombia? Bogotá D.C: Universidad de los Andes, 2018. Disponível em: <https://uniandes.edu.co/es/noticias/desarrollo-regional/por-que-preocuparnos-por-la-desigualdad-en-colombia>
- AMIRANTE, Domenico. **Giudice costituzionale e funzione legislativa: L’esperienza francese**. Padova: CEDAM (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), 1991.
- ARANGO, Rodolfo. La justiciabilidad de los Derechos sociales fundamentales, **Revista de Derecho Público**, v. 12, n.1, jan/jun 2001, P. 206. Disponível em: < [https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechopub/pub202.pdf](https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub202.pdf). Acesso em: 12 de junho de 2019.
- ARANGO, Rodolfo. Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos, **Pensamiento Jurídico**, v. 8, 1997, 8. Disponível em: < <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/40339>> Acesso em: 3 julho de 2020.
- AREVALO RAMIREZ, Walter Orlando; GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda. Interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio. **Ius et Praxis**. V. 24, n. 2, 2018. pp. 393-430. Disponível em: < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n2/0718-0012-iusetp-24-02-00393.pdf>> Acesso em: 15 julho 2020.
- ARGUELHES, Diogo Werneck; LIMA, João Marcelo da Costa e Silva. Políticas públicas, interpretação judicial e as intenções do legislador: o ProUni e o “cripto-ativismo” do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 163-192, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc. v4i2.50608.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, jan./jun 2011. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/24322>, Acesso em: 15 de julho de 2020.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Courts as the first and only legislative chambers? The Brazilian Supreme Court and the legalization of same-sex marriage. **Verfassung in Recht und Übersee VRÜ**, v. 50, n. 3, 2017, p. 260-278. DOI: 10.5771/0506-7286-2017-3-281

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**. São Paulo, v.12, n.12, p. 405-440, mai/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201617>

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 46, v.1, jan/jun 2015. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.46.781>

ARGUELHES, Diego Werneck. O supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 250, 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4107>. P. 6

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 15, pp. 69-94, set/dez 2014, DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220141504>

BARAK, Aharon. A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. **Harvard Law Review**, v. 116, n.19, pp. 19- 162, 2002-2003. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4694&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4694&context=fss_papers) Acesso em: 15 de junho de 2019.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARDEY, David. El sistema de salud colombiano: ¿bueno o malo? **Universidad de los Andes**. Disponível em: < <https://uniandes.edu.co/es/noticias/derecho/el-sistema-de-salud-colombiano-bueno-o-malo> > Acesso em: 15 julho 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, pp. 1-42, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, pp. 23-32 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388> Acesso em: 24 de agosto de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales. *In*: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto

(coords.). **Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas**. Un homenaje a Mark Tushnet. México: UNAM, 2016, p. 113-165.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crónica de um sucesso imprevisto**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf)>

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y Constitución. *In*: CARBONELL, Miguel (ed). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003, pp. 211-238.

BELLO, Enzo; CAPELA, Gustavo; KELLER, Rene José. Operação Lava Jato: ideologia, narrativa e (re)articulação da hegemonia. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, 2020. DOI: 10.1590/2179- 8966/2020/53884.

BENVINDO, Juliano Zaiden. Self-enforcing constitutional amendments rules: a dialogue with Richard Albert's Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 733-753, set./dez. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i3.73930.

BENVINDO, Juliano Zaiden. Juiz e historiador, direito e histórica: Uma análise crítico-hermenêutica da interpretação do STF sobre a Lei de Anistia. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, n. 2, pp. 185-205, mai./ago. 2012.

BERCOVICI, Gilberto. O Golpe do Impeachment. *In*: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio, FILHO, Wilson Ramos. (orgs.). **A resistência ao Golpe de 2016**. Bauru, SP: Instituto Defesa da classe trabalhadora, 2016.

BERNAL, Carlos. En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes. **Revista Derecho del Estado**, n.7, dez, 1999.

BERNAL, Carlos. **El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho**: escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2009.

BITENCOURT, Caroline Müller; GORCZEVSKI, Clovis. La función y la legitimidad del poder judicial en el constitucionalismo democrático brasileño ¿un activism necesario? **Estudios Constitucionales**, ano. 14, n. 2, 2016, pp. 207-230.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017.doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17652.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOSEMBERG, Luis E. Las guerras mundiales: problemas y controversias en torno a los orígenes. **Anuario Colombiano de Historia Social**. Bogotá D.C, n. 33, 2006, pp. 289-309.

Disponível em: < <https://www.redalyc.org/pdf/1271/127112581011.pdf>> Acesso em: 08 de setembro de 2020.

BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 831-858, set./dez.2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i3.71771.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Comissão da Organização dos Poderes e sistema de governo. **Anteprojeto**. Relatório sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Apresentação de emendas**. 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. **Anteprojeto da Subcomissão. Fase C**, 25 de maio de 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. **Anteprojeto da Comissão. Fase H**, junho de 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização. **Anteprojeto de Constituição. Fase I**, junho de 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização. **Projeto de Constituição. Fase L**, julho de 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização. **Projeto de Constituição (A). Fase Q**, novembro de 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização. **Projeto de Constituição (C). Redação Final. Fase V**, setembro de 1988. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente)

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp**. 148.897, Relator. Min. Ruy Rosado, MG, 6 de abril de 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp** 395.904 / RS. Relator. Min. Hélio Quaglia Barbosa, jul. 13 de dezembro de 2005

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp**, n. 889.852/ RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 27 de abril de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 3510/DF, Relator. Min. Ayres Brito, 29 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** n. 82.424, relator. Min. Moreira Alves, 19 de setembro de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 3388, Relator. Min. Cezar Peluso, 14 de junho de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 3.345. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 25 de agosto de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 3112, Relator. Min. Ricardo Lewandowski, 02 de maio de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 1969, Relator. Min. Ricardo Lewandowski, 28 de junho de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 2649. Relator. Min. Cármen Lúcia, 06 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança MS**, n. 23.087. Relator: Min. Celso de Mello, 30 de junho de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**, n. 91.361, Relator. Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de setembro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4234, Relatora. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, 06 de maio de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumento AI**, n. 592.075 AgR. Relator. Min. Ricardo Lewandowski, 19 de maio de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 554.075 AgR, Relatora. Min. Cármen Lúcia, 30 de junho de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 271-286-8/RS. Relator. Min. Celso de Mello, 12 de setembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 153. Relator. Min. Eros Grau, abril de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 132. Relator. Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4277, Relator. Min. Ayres Britto, Brasília, 05 de maio de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4424. Relator. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 186, Relator. Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 54, Relator. Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de maio de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 414. Relator. Min. Luiz Fux. Brasil, Brasília, 31 de maio de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4425. Relator. Min. Ayres Britto, 14 de março de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**, n. 670.422/RS, Relator. Min. Dias Toffoli, 11 de setembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 846.102/PR. Relatora. Min. Carmen Lucia, 5 de março de 2015.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4815. Relatora. Min. Carmen Lúcia, 10 de junho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 347. Relator. Min. Marco Aurélio, 27 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4.650. Relator. Min. Luiz Fux, Brasília, 24 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança MS**, n. 34070. DJe-054. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de março de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança**, n. 34.087, Relator. Min. Marco Aurélio Melo, 5 de maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação cautelar**, n. 4.070. Relator. Min. Teori Zavascki, 5 de maio de 2016

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 5529, Relator. Min. Luiz Fux, 31 de maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**, n. 124306. Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Brasília, 09 de agosto de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança MS**, n. 34.441. Relator. Min. Teori Zavascki, 20 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4983, Relator. Min. Marco Aurélio, 06 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 402. Relator. Min. Marco Aurélio, 7 de dezembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança** n. 34.530, Relator Ministro Luiz Fux, 14 de dezembro de 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 5680. Relatora. Min. Rosa Weber, 13 de abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 646.721. Relator. Min. Marco Aurélio. Brasília, maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 878.694/MG, Relator. Min. Luis Roberto Barroso. Brasília, maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC**, n. 41, Relator. Min. Luis Roberto Barroso, 08 de junho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 580.252/MG. Relator. Min. Alexandre de Moraes, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 5.526. Relator. Min. Luiz Edson Fachin, 11 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 1931. Relator. Min. Marco Aurélio, 7 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 4275, Relator. Min. Marco Aurélio, 01 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 670422, Relator. Min. Dias Toffoli, 15 de agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Habeas Corpus**, n. 142987, Relator. Min. Gilmar Mendes, 11 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 5617, Relator. Min. Edson Fachin. Brasília, 3 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de Documentação. Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal. **Interrupção voluntária da gravidez**. Bibliografia, Legislação e Jurisprudência temáticas. Brasília: STF, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ADO**, n. 26/DF, Relator. Min. Celso de Mello, 20 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito**, n. 4.781/DF, Relator. Min. Alexandre de Moraes, 14 de março de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção MI**, n. 6825. Relator. Min. Edson Fachin, 11 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 1.017.365. Relator. Min. Edson Fachin, 11 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n.1.211.446. Relator. Min. Luis Fux, 21 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 607107. Relator. Min. Luis Roberto Barroso, 12 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE**, n. 566471. Relator. Min. Marco Aurélio. Jul. 11 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 457/GO. Relator. Min. Alexandre de Moraes, 29 de abril de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI**, n. 5543. Relator. Ministro. Edson Fachin, 09 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF**, n. 442. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília (em discussão).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação constitucional garante a preservação da competência do STF**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=271852>> Acesso em 16 de novembro de 2020.

BREWER-CARÍAS, Allan R. Los aportes de la Revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del Siglo XIX. **Ars boni et aequi**, Santiago, v. 7, n. 2, pp. 111-142, 2011.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **La jurisprudence des cours constitutionnelles européennes en droit des personnes et de la famille**. Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n. 39, abril, 2013. Disponível em: < <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1749/pdf>> Acesso em: 08 de setembro de 2020.

CAJAS SARRIA, Mario. Origen del control constitucional de las leyes por vicios de forma en Colombia (1910-1952). In: MAC-GREGOR, Eduardo, ZALDÍVAR, Arturo (Coord) **La ciencia del Derecho Procesal Constitucional**. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Ciudad de México: UNAM-IMDPC-Marcial Pons, 2008.



CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. As condições das penitenciárias no Brasil e o Estado de coisas inconstitucional. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. Curitiba, v.2, n.2, pp. 578-600, jul/dez 2016.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 3, po. 773-794, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc. v6i3.59730.

CAPPELLETTI, Mauro. Judicial Review in Comparative Perspective. **California Law Review** v. 58, no. 5, pp. 1017-1053, 1978. DOI. <https://doi.org/10.2307/3479676>

CAPPELLETTI, Mauro. ¿Renegar de Montesquieu? La expansion y la legitimidad de la “Justicia Constitucional”. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 6, n. 17, maio/agosto 1986.

CARBONELL, Miguel. Prólogo. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. *In*: CARBONELL, Miguel (ed). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003, pp. 9-12.

CARBONELL, Miguel. Sobre la Constitución viviente. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, v. 42, n. 117, 2012. Disponível em: < <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v42n117/v42n117a02.pdf>> Acesso em 15 de agosto de 2020.

CARDENES, Agustín. Las dos tesis bajo tensión en la constitución francesa de 1958 y su resolución en 1962 a través de la práctica institucional de Charles De Gaulle. **Lecciones y Ensayos**. Buenos Aires, n. 87-88, 2010. Disponível em: < <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/87/lecciones-y-ensayos-87-paginas-73-107.pdf>> Acesso em: 15 de julho de 2020.

CASTAÑO, Jairo Andrés. Análisis económico del activismo judicial: el caso de la corte Constitucional colombiana. **Revista Derecho del Estado**, n. 31, jul/dic 2013.

CERVANTES, Luis. **Los Tribunales Constitucionales en el Derecho Comparado**. Un estudio introductorio sobre sus antecedentes y su situación jurídica actual. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a12011.pdf>.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: [http:// dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534](http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534).

CLARKE, A. Y; MCCALL, L. Intersectionality and social explanation in social science research. **Du Bois Review: Social Science Research on Race**, n. 10, v.2, 349–363, 2013. <http://doi.org/10.1017/S1742058X13000325>

CNMH. Centro de Memoria Histórica. **Justicia**: Balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico. Bogotá D.C: CNMH. 2018.

COLÔMBIA. Mesa de Diálogo y Negociación de La Habana. **Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera**. 24 de novembro

de 2016. Disponível em: <https://www.jep.gov.co/Normativa/Paginas/Acuerdo-Final.aspx>  
Acesso em: 15 de maio de 2020.

COLÔMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **Proyectos de Reforma presentados por los constituyentes**, 1991.

COLÔMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Comisión Cuarta. Ponencia. **Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado: proposiciones divergentes**, 1991.

COLÔMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Comisión Cuarta. Ponencia. **Ponencia para sesión plenaria**. Texto del articulado acogido por mayoría por la comisión IV sobre Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, proposiciones divergentes, 1991.

COLÔMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Centro de Información y sistemas para la preparación de la Asamblea Nacional Constituyente. **Informe de la sesión de la Comisión Cuarta del 9 de abril de 1991**, 1991.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Centro de Información y sistemas para la preparación de la Asamblea Nacional Constituyente. **Informe de la sesión de la Comisión Cuarta del 7 y 8 de mayo de 1991**, 1991.

COLÔMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Centro de Información y sistemas para la preparación de la Asamblea Nacional Constituyente. **Informe de la sesión plenaria del 4 de junio de 1991**, 13 de junio de 1991.

COLÔMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Centro de Información y sistemas para la preparación de la Asamblea Nacional Constituyente. **Informe de la sesión plenaria del 12 de junio de 1991**, 21 de junio de 1991.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Acuerdo 02 de 2015**. Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional, 22 de julho de 2015.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Proceso de seguimiento 10 años de la Sentencia T-025 de 2004**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/Proceso%20de%20Seguimiento%2010%20a%C3%B1os.pdf>.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela-415**. Magistrado(a) Ponente: Ciro Angarita Barón, 17 de junho de 1992.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-570**. Magistrado(a) Ponente: Jaime Sanín Greffenstein, 1992.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-027**. Magistrado(a) Ponente: Simón Rodríguez. 05 de fevereiro de 1993.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-179 de 1994**. Relator. Carlos Gaviria Díaz, 13 de abril de 1994.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-221**. Magistrado(a) Ponente: Carlos Gaviria Díaz, 5 de maio de 1994.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-624**. Magistrado(a) Ponente: Jose Gregorio Hernandez Galindo, 15 de dezembro de 1995.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de **Constitucionalidad C-139**. Magistrado(a) Ponente: Carlos Gaviria Díaz, 9 de abril de 1996.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación SU-039**. Magistrado(a) Ponente: Antonio Barrera Carbonell, 3 de fevereiro de 1997.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-251**. Magistrado(a) Ponente: Alejandro Martínez Caballero, 28 de maio de 1997.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación SU- 559**. Magistrado(a) Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, 1997.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-153**. Magistrado(a) Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, 1998.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-543**. Magistrado(a) Ponente: Carlos Gaviria Díaz, 1 de outubro de 1998.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-606**. Magistrado(a) Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, 27 de outubro de 1998.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-507. Magistrado(a)** Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, 14 de julho de 1999.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-700**. Magistrado(a) Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, 16 de setembro de 1999.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-169**. Magistrado(a) Ponente: Carlos Gaviria Díaz, 14 de fevereiro de 2001.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela C-228**. Magistrado(a) Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; Eduardo Montealegre Lynett, 3 de abril de 2002.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-487**. Magistrado(a) Ponente: Álvaro Tafur Galvis, 26 de junho de 2002.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-724**. Magistrado(a) Ponente: Jaime Araujo Rentería, 20 de agosto de 2003.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-955**. Magistrado(a) Ponente: Alvaro Tafur Galvis, 17 de outubro de 2003.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-025**. Magistrado(a) Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, 22 de janeiro de 2004.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-971**. Magistrado(a) Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, 7 de outubro de 2004.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de constitucionalidad C-114**. Magistrado(a) Ponente: Humberto Sierra Porto, 5 de fevereiro de 2005.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-379**. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández, 9 de maio de 2006.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-355**. Magistrados Ponentes. Jaime Araújo Rentería e Clara Inés Vargas Hernández, maio de 2006.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-662**. Magistrado(a) Ponente: Rodrigo Escobar Gil, 10 de agosto de 2006.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-804**. Magistrado(a) Ponente: Humberto Sierra Porto, 27 de setembro de 2006.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-075**. Magistrado(a) Ponente: Rodrigo Escobar Gil, 7 de fevereiro de 2007.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-406**. Magistrado(a) Ponente: Humberto Sierra Porto. Bogotá D.C, 22 de janeiro 2007.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-461**. Magistrado(a) Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, 14 de maio de 2008.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-760**. Magistrado(a) Ponente: Manuel José Cepeda Espinoza, 31 de julho de 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia de Tutela T-880**. Magistrado(a) Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 30 de novembro de 2009.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-141**. Magistrado(a) Ponente: Humberto Sierra Porto, 26 de fevereiro de 2010.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-629**. Magistrado(a) Ponente: Juan Carlos Henao Pérez, 13 de agosto de 2010.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de constitucionalidad C-702**. Magistrado(a) Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 6 de setembro de 2010.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-511**. Magistrado(a) Ponente: Humberto Sierra Porto, 18 de junho de 2010.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-617**. Magistrado(a) Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, 5 de agosto de 2010.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-577**. Magistrado(a) Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 26 de julho de 2011.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-717**. Magistrado(a) Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, 22 de setembro de 2011.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-238**. Magistrado(a) Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 22 de março de 2012.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-248**. Magistrado(a) Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 26 de março de 2012.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-276**. Magistrado(a) Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 11 de abril de 2012.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-717**. Magistrado(a) Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 13 de setembro de 2012.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-977**. Magistrado(a) Ponente: Alexei Julio Estrada, 22 de novembro de 2012.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-388**. Magistrada Ponente. Maria Victoria Calle Correa, 28 de junho de 2013.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-579**. Magistrado(a) Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, agosto de 2013.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-565**. Magistrado(a) Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, 23 de agosto de 2013.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-935**. Magistrado(a) Ponente: Mauricio González Cuervo, 29 de maio de 2014.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-576**. Magistrado(a) Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, 4 de agosto de 2014.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-622**. Magistrado(a) Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 22 de agosto de 2014.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-870**. Magistrado(a) Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez, 13 de novembro de 2014.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-071**. Magistrado(a) Ponente: Jorge Iván Palacio, 18 de fevereiro de 2015.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-071**. Magistrado(a) Ponente: Jorge Iván Palacio, 4 de novembro de 2015.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-762**. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, 16 de dezembro de 2015.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-012**. Magistrado(a) Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, 22 de janeiro de 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación SU- 214**. Magistrado(a) Ponente: Alberto Rojas Rios, 28 de abril de 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-699**. Relatora: Maria Victora Calle Correa, 13 de dezembro de 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-332**. Magistrado(a) Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo, 17 de maio de 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación- 354**. Magistrado(a) Ponente: Iván Humberto Escruería Mayolo, 25 de maio de 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-630**. Magistrados Ponentes: Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo, 11 de outubro de 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-675**. Magistrado(a) Ponente: Alejandro Linares Cantillo, 15 de novembro de 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-735**. Magistrado(a) Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo, 15 de dezembro de 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de constitucionalidad C-027**. Magistrado(a) Ponente: José Fernando Reyes Cuartas, 18 de abril de 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación SU- 068**. Magistrado(a) Ponente: Alberto Rojas Ríos, 21 de junho de 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad SU-096**. Magistrado Sustanciador: José Fernando Reyes Cuartas, outubro 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación SU- 12**. Magistrado(a) Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-112**. Magistrado(a) Ponente: José Fernando Reyes Cuartas, 13 de março de 2019.

COLÔMBIA. Corte constitucional. **Sentencia d de Tutela T- 209**. Magistrado(a) Ponente: Carlos Bernal Pulido, 17 de maio de 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia de Tutela T-409**. Magistrado(a) Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, 3 de setembro de 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela T-447**. Magistrada Sustanciadora. Gloria Stella Ortiz Delgado, 27 de setembro de 2019.

COLÔMBIA. Corte constitucional. **Sentencia de Tutela T- 479**. Magistrado(a) Ponente: Alberto Rojas Rios, 15 de outubro de 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación SU-599**. Magistrada Ponente. Cristina Pardo Schlesinger, 11 de dezembro de 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Constitucionalidad C-088**. Magistrado(a) Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo, março de 2020.

COLÔMBIA. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y social. **Documento CONPES 3828**. Política penitenciaria y carcelaria en Colombia, 19 de mayo de 2015.

COLÔMBIA. Lei no. 270, de 7 de março de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. **Diario oficial**, Bogotá D.C, 1996. Disponível em: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0270\\_1996.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html)

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un análisis metateórico. *In*: CARBONELL, Miguel (ed). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003, pp. 75-98.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Histórica do *judicial review*. O mito de Marbury. **RIL Brasília**. Ano 53, n. 209, jan/mar. 2016, pp. 115-132. Disponível em: < [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril\\_v53\\_n209\\_p115.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p115.pdf)> Acesso em: 10 julho de 2020

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História contextual do controle de Constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira. **Quaestio Iuris**. vol. 10, no. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2521 -2543 DOI: 10.12957/rqi.2017.27469.

CORREA, Magdalena. Contra una reforma constitucional. **Revista Derecho del Estado**, n. 13, dez, 2002. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/827/783>

CORREA, Magdalena. **Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2008.

COSTA, Alexandre Araújo; DE CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan; DE FARIAS, Felipe Justino. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 12, n. 1, pp. 155-187, jan/abr, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n1/1808-2432-rdgv-12-1-0155.pdf>. Acesso em: 20 julho 2020.

COSTA, Beatriz Castilho. **A influência exercida pelo *amicus curiae* nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal nos acórdãos das ações direita de inconstitucionalidade decididas majoritariamente**. Rio de Janeiro, 115 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012.

COTE, Gustavo; TARAPUÉS, Diego. El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la Sentencia C-579 de 2013. *In* AMBOS, Kai (Coord). **Justicia de Transición y Constitución**. Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la

Corte Constitucional. Bogotá D.C: EDPAL, TEMIS, KAS, 2014. Disponível em: [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=33114c11-fa4a-5789-28b5-2f44056203f1&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=33114c11-fa4a-5789-28b5-2f44056203f1&groupId=252038) Acesso em: 15 set. 2020

CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A black feminist critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist, Theory and Antiracist Politics. **The University of Chicago Legal Forum**, n. 1, v. 1989, art. 8. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1052&context=uclf>

CROSS, Frank; LINDSQUIT, Stefanie. The Scientific Study of Judicial Activism. **Vanderbilt Law and Economics Research Paper**, n. 06-23. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=939768>

DA COSTA MOURA, Emerson Affonso; RIBEIRO, Jamir Calili. Direitos fundamentais sociais, orçamento público e reserva do possível: o dever de progressividade nos gastos públicos. **Revista de Direito brasileira**. São Paulo, v. 16, n. 7, pp.225-241, jan/abr. 2017.

DALY, Tom Gerald. **The Alchemists**. Questioning our faith in Courts as democracy-builders. New York: Cambridge University Press, 2017.

DALY, Tom. Democratic Decay: Conceptualizing an Emerging Research Field. **Hague Journal on the Rule of Law**, v. 11, pp. 9–36, 2019. <https://doi.org/10.1007/s40803-019-00086-2>

DALY, Tom. The Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy- Builders. **Global Constitutionalism**, n. 6, v.1, pp. 115-116. Cambridge University Press, 2017. DOI:10.1017/S204538171600023X.

DA SILVA, José Alfonso. **Uma proposta de Constituição**, 1987.

DÁVILA, Carlos Mario. Los cambios constitucionales de 1971 en Francia y de 1991 en Colombia. Un análisis desde el punto de vista de la teoría de la revolución jurídica. **Vniversitas**. Bogotá D.C, n. 126, pp. 123-163, jan./jun, 2013.

DE FREITAS, Daniel Castanha. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.

DE LA CALLE, Humberto. Sustitución de la Constitución y limites al poder de reforma. **Legis jurídico. Análisis**. 21 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/sustitucion-de-la-constitucion-y-limites-al-poder-de-reforma>.

DE GODOY, Miguel Gualano. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, Ahead of print, 2020, DOI: 10.1590/2179-8966/2020/44292

DE GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao Povo**. Crítica à Supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.



DE LORA, Pablo. Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. **Anuario de Filosofía del Derecho**. XIII, 1996.

DEL RÍO, Andrés. Dictadura, Democracia y Justicia Transicional en Brasil: Trayectoria y Legados del Supremo Tribunal Federal. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 57, no 4, pp. 1169 a 1201, 2014.

DE MORAES BAHIA Gustavo Melo Franco; FERNANDES, Bernardo Gonçalves; SILVA, Diogo Bacha; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. O caso O caso Cunha no STF e a defesa da integridade constitucional: a decisão liminar na AC 4.070 e o sentido adequado das prerrogativas e imunidades parlamentares. **Empório do direito**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/colunas/constituicao-e-democracia>.

DENOIX, Renaud. Le statut constitutionnel de l'Autorité judiciaire. **Séminaire pédagogique du pôle “Administration de la justice”**. Bordeaux: Conseil Constitutionnel, 2009. Disponível em: < <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/2351/pdf> > Acesso em: 10 julho 2020.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958. **Cuadernos de Derecho Público**. Madrid, n. 34-35, mai/dez., 2008, p. 21-33. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/9546>. Acesso em: 15 de julho de 2020.

DI MUZIO, Tim. Toward a genealogy of the new constitutionalism: the empire of liberty and domination. In: GILL, Stephen., CUTLER, Claire (ed). **New Constitutionalism and World Order**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

DIXON, Rosalind; ISSACHAROFF, Samuel. Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy. **Wisconsin Law Review**, n. 16, 2016, DOI <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2726045>

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **I•CON**, v. 5, n. 3, 2007, pp. 391–418 doi:10.1093/icon/mom021

DIXON, Rosalind. **Democracy and dysfunction: Towards a responsive theory of judicial review**. *No prelo*.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: RT, 2014.

DURÁN SMELA, D.; CRUZ GUTIÉRREZ, D. El “fast track”: ¿un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991? **Revista Derecho del Estado**, n. 48, pp. 3-29, dez. 2020

[DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia: De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. Barcelona: Ed. Gedisa, 2012.](#)

EISENBERG, Theodore. *The origins, nature, and promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns*. **Cornell law Faculty Publicatons**, n. 974, 2011. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1760&context=facpub>

DRINÓCZI, Tímea; BIÉN-KACALA, Agnieszka. Iliberal constitutionalism in Hungary and Poland: The case of judicialization of politics. In BIÉN-KACALA, Agnieszka, *et. al.* **Liberal constitutionalism- between individual and collective interest**. Torún: Wydział Prawa i Administracji/ Faculty of Law and Administration, pp. 73- 108, 2017.

FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente** e classes sociais na América Latina. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003, pp. 13-30.

FERRAZ, Octavio L. M. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. **South Texas Law Review**, v .89, n. 7, 2011, pp. 1643-1668.

FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 9, n. 1, pp. 23-45, jan. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20851/19577>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

FERREIRA, Siddharta Legale. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional**. Exposição e análise crítica dos principais casos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2020.

FGV SOCIAL. **A escala da desigualdade**. Qual foi o impacto da crise sobre a distribuição de renda e a pobreza? 2019. Disponível em: <https://www.cps.fgv.br/cps/bd/docs/A-Escalada-da-Desigualdade-Marcelo-Neri-FGV-Social.pdf>

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 8, n. 2, p.13-35, 8 jan. 2001.<http://dx.doi.org/10.21056/aec.v0i0.753>

FRONT LINE DEFENDERS. **Análisis global de Front-Line Defenders 2019**. Dublin: Front Line, the International Foundation for the Protection of Human Rights Defenders, 2019. Disponível em: [https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/spanish\\_-\\_global\\_analysis\\_2019\\_web.pdf](https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/spanish_-_global_analysis_2019_web.pdf)

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do Direito e da moral: uma visão a partir do neopositivismo de Hart e a crítica de Nino. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.48, p. 165-186, 2008.

GAVIRIA, Juan Antonio. Nuevos fallos jurídicos y fallas económicas de la Corte Constitucional colombiana. **Precedente**, Cali, Colombia, v. 4, pp. 9-37, jan./jun, 2019. Disponível em: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/3358/3582>

GALINDO, Héctor; RESTREPO, Jorge; SANCHEZ, Fabio. Conflicto y pobreza en Colombia: un enfoque institucionalista. *In*: RESTREPO, Jorge & APONTE, David (ed.) **Guerras y violencia en Colombia**. Herramientas e interpretaciones. Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

GARAY, Alberto F. La enseñanza del caso “Marbury vs. Madison”. **Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho**. v. 7, n. 13, 2009, pp. 131-136. Disponível em: < [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/13/la-ensenanza-del-caso-murby-vs-madison.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/13/la-ensenanza-del-caso-murby-vs-madison.pdf)> Acesso em: 10 julho de 2020.

GARAY, Luis Jorge. **La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia**. Bogotá D.C: Fundación Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia, 2008.

GARCÍA, V. M. **Sociología Jurídica: teoría y sociología del derecho en Estados Unidos**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005.

GARCÍA, Mauricio; UPRIMNY, Rodrigo. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (ed.), **Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa**, 2002, pp. 298-339. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/emancipa/research/pt/ft/justconst.html> Acesso em: 1 de julho de 2020.

GARCÍA, Leonardo. **Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neo constitucional**. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. 2016.

GARCÍA LÓPEZ, Luísa Fernanda. Constitutional interpretation and Constitution substitution: oscillating between the juridical and the political. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 755-771, set./dez. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i3.74332.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida. Estudio preliminar. Derecho, justicia y sociedad en Colombia. **Democracia, Justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia**. *In*: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida (ed). Bogotá D.C: Dejusticia, 2016.

GARCÍA, Mauricio; RODRÍGUEZ, César; UPRIMNY, Rodrigo. El sistema judicial visto desde el institucionalismo social. *In*: GARCÍA, Mauricio; CEBALLOS, María Adelaida (ed). **Democracia, justicia y sociedad**. Diez años de investigación en Dejusticia. Bogotá D.C: Dejusticia, pp. 51- 60, 2016.

GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020.

GARGARELLA, Roberto. The Judicialization of Peace, **Harvard International Law Journal** v. 59, n. 2, 2018. Disponível em: < [https://harvardilj.org/2019/02/reservations\\_peace/](https://harvardilj.org/2019/02/reservations_peace/)>

GARGARELLA, Roberto. Recuperar el lugar del “pueblo” en la Constitución. *In*: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coord.). **Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas**. Un homenaje a Mark Tushnet. México: UNAM, 2016.

GARNETT, Richard. Debate: Judicial Activism and its Critics. **University of Pennsylvania Law Review**. Legal Studies Research Paper No. 06-36, Vol. 155: 112, 2006, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=947521> p. 112-127.

GAVIRIA, Alejandro; MEDINA, Carlos, *et. al.* Assessing Health Reform in Colombia: From Theory to Practice [with Comments]. **Brookings Institution Press**, v. 7, n. 1, pp. 29-72, 2006. Disponível em: < <https://www.jstor.org/stable/20065506?seq=1> > Acesso em: 16 julho 2020.

GES. La Sentencia T-760: ¿Qué há pasado después de 10 años? **Observador del GES**. Medellín: Universidad de Antioquia.

GIACOMETTE FERRER, Ana. Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional: ¿Nuevo litigio constitucional? *In*. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; FLORES, Rogelio (coord.). **La constitución y sus garantías a 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917**. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México: UNAM, 2017.

GILL, Stephen., CUTLER, Claire. Genealogy, origins and world order. *In*: **New Constitutionalism and World Order**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

GONÇALVES, Nicole. P. S. Mader. As transformações discretas do controle de constitucionalidade difuso e concreto: uma realidade que precisa ser reconhecida e refletida. **A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 61-103, jan/mar. 2009.

GPAZ. **LA PAZ avanza con las mujeres**: Observaciones sobre la incorporación del enfoque de género en el Acuerdo de Paz GPAZ – 2019. Bogotá D.C: GPAZ. Disponível em: [https://generoy paz.co/informes/gpaz\\_informe\\_2019.pdf](https://generoy paz.co/informes/gpaz_informe_2019.pdf)? Acesso em: 15 de outubro de 2020.

GUTIERREZ, Andrés Mauricio. **El amparo estructural de los Derechos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

GUTIÉRREZ, Andrés. Tendencia actual de amparo en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. **Revista Derecho del Estado**, n. 24, 2010.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi, Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n.121, pp. 203-250, jul./dez.2020.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 13, n. 13, p. 340-399, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, v. 1, n. 1, p. 93-138, 1 jul. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). **Direito do Estado**, n. 86, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em 3 de dez de 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133- 168, jul./set. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Santiago de Chile: Instituto de Estudios de la Sociedad, 2018.

HAMON, Francis; WIENER, Céline. **La justice constitutionnelle en France et à l'étranger**. Paris: L.G.D.J lextenso éditions, 2011

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. México: Edición, 1961.

HERNÁNDEZ, Juan Sebastián. **La paradoja punitiva**. Las medidas alternativas al encarcelamiento y la política criminal inflacionaria en Colombia. Bogotá D.C: DeJusticia, 2020.

HEYMANN, Jody; SPRAGUE, Aleta; RAUB, Amy. **Advancing Equality: How Constitutional Rights can make a difference worldwide**. Oakland, California: University of California Press, 2020.

HIRATA, H. Gênero, classe e raça Interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. **Tempo Social**, [S. l.], v. 26, n. 1, p. 61-73, 2014. DOI: 10.1590/S0103-20702014000100005. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/84979>. Acesso em: 28 fev. 2021; BILGE, Sirma. Théorisations féministes de l'intersectionnalité. **Diogenes**, n. 1, v. 225, p. 70-88, 2009.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of Mega-politics and the rise of political courts. **Annu. Rev. Polit. Sci.** 2008. 11: 93-118, DOI: 10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. In: GODIN, Robert E. (ed). **The Oxford Handbook of Political Science**, Cambridge: 2011.Set 2013DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199604456.001.0001

HIRSCHL, Ran., The origins of the new constitutionalism: lessons from the 'old' constitutionalism. In: GILL, Stephen., CUTLER, Claire (ed). **New Constitutionalism and World Order**. New York: Oxford University Press, 2014.

HIRSCHL, Ran. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law. **The American Journal of Comparative Law**, v. 53, n. 1, pp. 125-256, 2005.

HOBSBAWM, Eric. **Las revoluciones burguesas**. 2ª Ed. Madrid: Ediciones Guadarrama, 1962.

HOLLAND, Maurice J. American Liberals and Judicial Activism: Alexander Bickel's Appeal from the New to the Old. **Indiana Law Journal**. v. 51, n. 4. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol51/iss4/3>> Acesso em: 15 agosto de 2020.

HORTA, Ricardo de Lins; ALMEIDA, Vera Ribeiro; CHILVARQUER, Marcelo. Avaliando o desenvolvimento da pesquisa empírica em direito no Brasil: o caso do projeto pensando o direito. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. vol. 1, n. 2, jul 2014, p. 162-183.

HUQ, Aziz Z. Democratic erosion and the courts: comparative perspectives. **New York University Law Review**, v. 23, n. 21, 2018.

IBAÑEZ, Ana; VELÁSQUEZ, Andrea. El processo de identificación de víctimas de los conflictos civiles: Una evaluación para la población desplazada em Colombia. **Documento CEDE 2006-36**, set. 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/6617775.pdf>

JOACHIM FALLER, Hans. Defensa constitucional por médio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania. **Revista de estudios políticos**, n 7, 1979.

KALMANOVITZ, Salomón. **El modelo anti-liberal colombiano**. Bogotá D.C, 2000. Disponível em: <<https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/modelantiliberal.pdf>> Acesso em: 15 junio 2020.

KELSEN, Hans. Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. **The Journal of Politics**. v. 4, n. 2, 1942.

KEYNES, J. M. **As consequências econômicas da paz**. São Paulo: Clássicos IPRI, 2002.

KING, Jeff. The Future of Social Rights: Social Rights as Capstone. *In* K. G. Young (Ed.), **The Future of Economic and Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press. pp. 218-319, 2019. <http://doi.org/10.1017/9781108284653.012>

KHAITAN, Tarunabh. Political insurance for the (relative) poor: How liberal constitutionalism could resist plutocracy. **Global Constitutionalism**, v. 8, n. 3, pp. 536-570, 2019 doi:10.1017/S2045381719000200.

KMIEC, Keenan D. The origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**. V. 92, n. 5, out. 2004, pp. 1441-1477, Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3481421>

KOERNER, Andrei; DE FREITAS, Lígia Barros. O supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova**. São Paulo, n. 88, p. 141-184. 2013. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a06n88.pdf>> Acesso em: 23 agosto de 2020.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos**. No. 96, pp. 81-82. Jul / 2013.

KOOPMANS, Thijmen. The roots of judicial activism. *In*: MATSCHER, F; PETZOLD, H (Eds.). **Protecting human rights: The European Dimension**. Studies in honour of G.J. Wiarda, Köln: Carl Heymanns Verlag 1988, pp. 317-327. Disponível em: <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/22743>

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 53, p. 147-181, jul./dez. 2018.

KREUZ, Leticia Regina Camargo. **Domínio do Corpo**. O abordo entre leis e juízes. Curitiba: Íthala, 2016

KRITZERT, Herbert. The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research. *In* CANE P; KRITZERT, Herbert (Coord). **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. Oxford University Press, 2ª ed, 2010.

LAMBERT, Eduard. **El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos**. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy. **UC Davis Law Review**. Public Law Research Paper. n. 907, v 1313, 2020, pp. 1319-1320. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3366602>

LA ROTA, Miguel; LALINDE, Sebastián; SANTA, Sandra; UPRIMNY, Rodrigo. Necesidades jurídicas insatisfechas según grupo poblacional. *In*: GARCÍA, Mauricio; CEBALLOS, María Adelaida (ed). **Democracia, justicia y sociedad**. Diez años de investigación en Dejusticia. Bogotá D.C: Dejusticia, 2016.

LAVROFF, Dmitri Georges. El Consejo Constitucional Francés y la garantía de las libertades públicas. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid. v.1, n. 3, set/dez, 1981.

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc. v5i1.56328.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2018.

LÖSING, Norbert. Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho. *In*: KONRAD ADENAUER STIFTUNG. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Montevideo: JAS. 2011.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Os poderes hipertróficos do relator no STF, o desmembramento constitucional e o golpe de Estado jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 877-899, set./dez. 2020. DOI: 10.5380/rinc. v7i3.63845.

MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

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**. São Paulo, v. 15, n.2, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>

MANZANARES, Henri. Evolución del Régimen Político bajo la V República en Francia. **Revista de estudios políticos**, Madrid, n. 150, 1966 Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2079857>> Acesso em: 07 de setembro de 2020.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Evolução do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil da Constituição Imperial à Emenda Constitucional no 45/2004. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006. Disponível em: < [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/170/ril\\_v43\\_n170\\_p17.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/170/ril_v43_n170_p17.pdf)> Acesso em: 15 agosto 2020.

MARROQUÍN, Otto. El Magistrado Constitucional. **Revista de Derecho**, Managua, n. 8, 2004.

MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. **Revista Estudios sociojurídicos**, v. 2, n. 1. 2000.

MARONA, Marjorie Corrêa; DA ROCHA, Marta Mendes. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Sociologia e Política**. v. 25, n. 62, pp. 131-156, jun. 2017, DOI 10.1590/1678-987317256206.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Ensaio sobre o Neoconstitucionalismo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 13, n. 101, out. 2011/jan. 2012.



MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 224 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Cortes Constitucionales y democracia deliberativa**. Madrid: Marcial Pons, 2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. Devo, não nego, julgo quando quiser. **Folha de São Paulo**. 27 de outubro de 2020, Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/10/devo-nao-nego-julgo-quando-quiser.shtml>

MENDES, Conrado Hübner. Quanto o STF custa para o SUS? **Folha de São Paulo**. São Paulo. 3 nov. 2020. Opinião. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/11/quanto-o-stf-custa-para-o-sus.shtml>

MENDES, Conrado Hübner. Vivendo como se não houvesse Bolsonaro. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 12 jan. 2021. Opinião. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2021/01/vivendo-como-se-nao-houvesse-bolsonaro.shtml>

MEYER, Emilio Peluso Neder. Constitucionalismo, autoritarismo e juristocracia. **JOTA**. 03 de novembro de 2017. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constitucionalismo-autoritarismo-e-juristocracia-03112017](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constitucionalismo-autoritarismo-e-juristocracia-03112017)

MEYER, Emilio Peluso Neder. Judicial Responses to Bolsonaroism: The leading Role of the Federal Supreme Court. **Verfassungsblog constitutional on matters**. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/judicial-responses-to-bolsonarism-the-leading-role-of-the-federal-supreme-court/>>

MOREIRA, Adilson José. Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural. **Direito & Praxis**. Rio de Janeiro, Vol. 08, No. 2, 2017, p. 830-868. DOI:10.12957/dep.2017.2146.

MORESO, José Juan. La justificación del control de constitucionalidad en Kelsen. In: RAMIREZ CLEVES, Gonzalo (ed). **Ecos de Kelsen: vida, obra y controversias**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 537-375.

MOYON, Samuel. **Not enough: Human Rights in an unequal world**. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2018.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMIENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Quaestio Iuris**. v.06, n. 2. DOI 10.12957/rqi.2013.9315.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa editorial, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

OSUNA, Nestor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. *In*: BAZÁN, Víctor (ed). **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. Bogotá D.C: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile- KAS. 2015, P. 91-116.

PAIXÃO, Cristiano; MAIA, Paulo Sávio Peixoto. História da Constituição como história conceitual: *Marbury v. Madison* e o surgimento da supremacia constitucional. **Revista Acadêmica – Faculdade de Direito do Recife**, v. 81, p. 156-175, 2009.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, v. 13, n. 26, 2011.

PAIXÃO, Cristiano. A construção do futuro: os 30 anos da Constituição de 1988. **Revista Humanidades**. Brasília, n. 62, dez 2018.

PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; COUTO FERNANDES DE ALMEIDA, Guilherme da Franca. Quem decide no Supremo? Tipos de decisão colegiada no tribunal (1988-2018). **Supremo em números. FGV Direito Rio**. v.8, 2020.

PERRY, Guillermo. **Decidí contarlo**. Conversaciones sobre cincuenta años de economía y política en Colombia. Bogotá D.C: Editorial Debate, 2019.

PINTO, Marcio Morena. Legalidade versus legitimidade: uma perspectiva rousseauísta da questão. **Controvérsia**, v. 5, nº 2, mai./ago., 2019, pp. 45-53.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, p. 209-230, jul./set. 2010.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. *In*: CARBONELL, Miguel (ed). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003, pp. 187-210.

RAMELLI, Alejandro. Luces y sombras del ejercicio del test de sustitución en Colombia. **Revista Derecho del Estado**, n. 48, p. 31-50, 7 dez. 2020.

RAMIREZ CLEVES, Gonzalo. **Ecós de Kelsen: vida, obra y controvérsias**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2012.

RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo. A partir de la jurisprudencia establecida en la sentencia C-551 de 2003. **Revista Derecho del Estado**, n. 18, junho, 2006.

RECONDO, Felipe. Aécio Neves, o Supremo e o poder da última palavra. A decisão do STF interpretada. **JOTA**. 12 de outubro de 2017. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/especiais/aecio-neves-o-supremo-e-o-poder-da-ultima-palavra-11102017](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/especiais/aecio-neves-o-supremo-e-o-poder-da-ultima-palavra-11102017)

RECONDO, Felipe. STF julga ser inconstitucional reeleição dos presidentes de Câmara e do Senado: Repercussão negativa do voto de Gilmar Mendes mudou a tendência do tribunal. **JOTA**. 06 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-julga-ser-inconstitucional-reeleicao-dos-presidentes-da-camara-e-do-senado-06122020>

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RIBAS, Giovanna Paola Primor. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**. N. 44, jan./jun 2014.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno Manual Antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RIBEIRO, Pedro José de Almeida. **A construção do Judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RIBEIRO, Carlos Antônio Costa. Mudanças nas famílias dos jovens e tendências da mobilidade social de brancos e negros no Brasil. **Novos estudos- CEBRAP**. São Paulo, v. 39, n. 2, pp. 257-279, mai./ag. 2020. DOI. <http://dx.doi.org/10.25091/s01013300202000020002>.

RIBEIRO, Carlos Antônio Costa. Mobilidade e estrutura de classes no Brasil contemporâneo. **Sociologias**. Porto Alegre, ano. 16, n. 37, set/dez. 2014, pp. 178-217.

ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. **MPIL Research paper series**. Max Planck Institute. N. 2020, v. 11, 2020.

ROA, Jorge Ernesto. **Control de constitucionalidad deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia & Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid, 2019.

ROA, Jorge Ernesto. **La acción pública de constitucionalidad a debate**. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2015.

ROA, Jorge Ernesto. La independencia de la Corte Constitucional de Colombia y la Acción Pública de Constitucionalidad. *In. Serie 36. Documentos de Trabajo. Departamento de Derecho Constitucional*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2015.

ROA, Jorge Ernesto. Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Ano. XXIII. Bogotá D.C, pp. 453-480, 2017.

ROA, Jorge Ernesto. Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá. **Revista Derecho del Estado** n. 44, set. /dez de 2019.

ROA, Jorge. La sustitución constitucional, el “*fast track*” y el Acuerdo Final de Paz: Análisis. **Ámbito Jurídico**. Bogotá D.C, maio de 2017. Disponível em: <<https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/la-sustitucion-constitucional-el-fast-track-y>> Acesso em: 29 de outubro de 2020.

ROBLEDO SILVA, Paula. ROA, Jorge Ernesto. La jurisprudência de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los Derechos de las Mujeres y los debates comunes a Colombia y España. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. n. 15, Madrid, 2011, págs. 643-676.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 34, n. 135, jul./set. 1997.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO; Diana. **Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá D.C: Dejusticia, 2010.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. La judicialización de los derechos: el caso de la salud. In: BERNAL, Ó. y GUTIÉRREZ, C. (eds.). **La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones**. Bogotá: Universidad de los Andes, 2012, pp. 507-560.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Epílogo. Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: LANGFORD, M. (ed.). **Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales**. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, 2013, pp. 897-916.

RODRIGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. **Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales: Estrategias para los jueces, funcionarios y activistas**. Bogotá DC: Dejusticia, 2014.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. Los efectos del activismo judicial sobre los derechos sociales en el Sur Global. Un marco analítico. In: Juicio a la exclusión. **El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015, pp. 22-25, Disponível em: [http://www.dejusticia.org/files/r2\\_actividades\\_recursos/fi\\_name\\_recurso.758.pdf](http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.758.pdf). Acesso em: 15 de julho de 2020.

RODRÍGUEZ, María Luisa. La “dificultad contra-mayoritaria” en el caso colombiano. Acción pública de inconstitucionalidad y democracia participativa. **Revista Derecho del Estado**. n. 8,

jun. 2000. Disponível em: <  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/911/865>> Acesso em: 15 de setembro de 2020.

ROESLER, Claudia Rosane; SENRA, Laura Carneiro de Mello. Lei de Anistia e Justiça de Transição: a releitura da ADPF 153 sob o viés argumentativo e principiológico. **Sequência**, n. 64, p. 131-160, jul. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p131>

ROLLA, Giancarlo. **Derechos fundamentales, estado democrático y justicia constitucional**. México: UNAM, 2002.

ROUX, Theunis. Principle and pragmatism on the Constitutional Court of South Africa. **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 1, jan. 2009, pp. 106–138, <https://doi.org/10.1093/icon/mon029>

RUBIO, Mauricio. **La Catedral y el Bazar: Reflexiones profanas sobre la justicia**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 260-343. Disponível em: <<http://books.openedition.org/uec/358>>. Acesso em: 15 junho de 2020.

SADURSKY, Wokchieh. **Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective**. The Hage: Kluwer Law International, 2002.

SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. Controle judicial do processo legislativo: do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 79-104, out./dez. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril\\_v56\\_n224\\_p79](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p79)

SALGADO, Eneida Desiree; ARHEGAS, João Victor. El poder judicial como protagonista en la definición de las reglas de la competición electoral. **Cuestiones Constitucionales**. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. n. 39, jul./dez. 2018.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 117, p. 193-217, 2018.

SALGADO, Eneida Desiree; GUIMARÃES, Athaides Guimarães; MONTE-ALTO, Eric V. Lopes Costa. Cotas de gênero na política: entre a história, as urnas e o parlamento. **Gênero & Direito**, v. 4, n. 3, 23 dez. 2015.

SALGADO, Eneida Desiree. Os limites explícitos e implícitos aos processos formais e informais de mudança da Constituição: ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 159-176, abr./jun. 2012.

SANDS, Philippe. **Calle Este-Oeste**. Sobre los orígenes de «genocidio» y «crímenes contra la humanidad». Barcelona: Anagrama, 2017.

SANTANO, Ana Cláudia; DA SILVEIRA, Geovane Couto. Entre democracia, política e ativismo: a relação entre os anseios sociais e o papel do judiciário. *In*: DE ANDRADE, Luiz

Gustavo; ARRAES, Roosevelt (org.). **Guardiania Judicial**: Entre a segurança jurídica e a política. Curitiba: Appris, 2018, p. 65-88.

SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. *In*: FELLETT, André Luiz Fernandes et al. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

SARMIENTO, Juan Pablo. La jurisdicción constitucional en Francia, de la aparente excepción europea al fin de la singularidad francesa. **Revista Chilena de Derecho**, v. 43 n. 2, pp. 463 – 486, 2015. Disponível em: < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n2/art05.pdf>> Acesso em: 09 de setembro de 2020.

SCAFF, Elisângela Alves da Silva; PINTO, Isabela Rahal de Rezende. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à educação. **Revista Brasileira de Educação** v. 21 n. 65 abr.-jun, 2016. DOI:<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782016216523>.

SCHOR, Miguel. An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: The Cases of Mexico and Columbia. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n.1, p. 173-194, 2009.

SIERRA PORTO, Humberto. **Concepto de Ley y tipos de Ley en la Constitución Colombiana**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 1998.

SIERRA PORTO, Humberto Antonio. La jurisdicción constitucional de la libertad en Colombia. *In*: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Fuerza Normativa de la Constitución. Uruguay: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile – Konrad-Adenauer, 2011.

SILVA, Luis Alejandro. Supremacia constitucional y aplicación judicial de la Constitución de los Estados Unidos: Objeciones a la *judicial supremacy*. **Estudios Constitucionales**, v. 10, n. 1, 2012, pp. 117 - 144. Disponível em: < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v10n1/art04.pdf>> Acesso em: 15 julho 2020.

SILVEIRA, Marilda de Paula. Democracia de Gênero e seus desafios: como as ações afirmativas para participação feminina na política devem ser aprimoradas. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 75, pp. 323-348, jul./dez. 2019. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2019v75p323.

SLAVIN, Pablo E. Hermann Heller y el valor de la Constitución. *In*: REAL ALCALÁ, J Alberto (ed). **La maquinaria del derecho en iberoamérica**. Constitución, derechos fundamentales y administración. Ciudad de México: IIJ – UNAM – Editorial Flores, 2016.

SHERRY, Suzanna. Why We Need More Judicial Activism. Constitutionalism, Executive Power, and Popular Enlightenment. **Vanderbilt Public Law Research Paper** n. 13-3. 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2213372>, Acesso em: 15 de setembro de 2020.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. ADPF 347 and the “unconstitutional state of affairs” of Brazil’s prison system. **Joaçaba**, v. 17, n. 2, p. 649-656, maio/ago. 2016. <http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i2.9764>

SOUZA, Jessé. A gramática social da desigualdade brasileira. **Revista brasileira de Ciências sociais**, vol. 19, n. 54, fevereiro de 2004. P. 79-97. Disponível em:

<https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n54/a05v1954.pdf>; SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (Eigenschaften) solipsistas do direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 1-32, 2010/2011. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/561/373>>.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. **John M. Olin Program in L. & Econ., Working Paper**, n. 124, 2001.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto; LEÃO, Wangle Samuel Costa. O diálogo entre Colômbia e Brasil sobre o “Estado de coisas inconstitucional”. **Rev. secr. Trib. perm. revis.** ano 7, n. 13; mar/ 2019; pp. 193-212. DOI: 10.16890/rstpr.a7.n13.p193.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 169-185, abr. 2014. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/490-2258-2-pb.pdf>>.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, pp. 037-038, jan/. jun 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>

TILLY, Charles; WOOD, Lesley J. **Los movimientos sociales, 1768-2008: Desde sus orígenes a Facebook**. Barcelona: Crítica, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **La democracia en América**. México: Fondo de Cultura Económica, 2019.

TONIATTI, Roberto. Presentación. La contribución de la acción pública colombiana en el contexto comparado de la jurisdicción constitucional: Una hipótesis de “constitución militante”. *In*: ROA, Jorge Ernesto. **La acción pública de constitucionalidad a debate**. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2015.

TORTOLERO, Francisco. El secreto de las deliberaciones judiciales a debate. **Revista de la Facultad de Derecho de México**. v. 56, n. 245, 2006. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2006.245.61698>

TUSHNET, Mark. Derecho constitucional crítico y comparado. *In*: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coord.). **Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas**. Un homenaje a Mark Tushnet. México: UNAM, 2016.

WYRZYKOWSKI, Mirosław. Experiencing the Unimaginable: the Collapse of the Rule of Law in Poland. **Hague J Rule Law**, n.11, p. 417–422, 2019. <https://doi.org/10.1007/s40803-019-00124-z>

UN. Economic and social council. **Progress towards the Sustainable Development Goals.** Report of Secretary-General, 28 abril de 2020. Disponível em: <https://unstats.un.org/sdgs/files/report/2020/secretary-general-sdg-report-2020--EN.pdf>

UPEGUI, Juan Carlos. **Doce Tesis en torno al concepto de Estado social de derecho:** Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2009.

UPRIMNY, Rodrigo; RODRÍGUEZ, César. La relación entre tribunales constitucionales y procesos de paz. Análisis comparado. *In: Memorias del conversatorio de la Jurisdicción constitucional “Diálogo constitucional para la paz”*. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia, Fundación Konrad Adenauer KAS, 2014.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo; SÁNCHEZ DUQUE, Luz Maria. Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después . **Cahiers des Amériques latines**, n. 71, 2012, pp. 33-53. Disponível em: < <https://journals.openedition.org/cal/2663#quotation>> Acesso em: 15 de setembro de 2020.

UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA, Mauricio. El potencial emancipatorio de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana. *In: GARCÍA, Mauricio; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida. Democracia, justicia y sociedad.* Diez años de investigación en Dejusticia. Bogotá D.C: Dejusticia, 2016.

UPRIMNY, Rodrigo. El control constitucional a la economía. *In: GARCÍA, Mauricio; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida. Democracia, justicia y sociedad.* Diez años de investigación en Dejusticia. Bogotá D.C: Dejusticia, 2016.

VANEGAS GIL, Pedro Pablo. La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después. **Revista Derecho del Estado**, n. 27, p. 261-290, 2011.

VELLOSO, Carlos Mário. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional. Uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 30, n. 120, out/dez, 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos poderes:** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VINX, Lars. **The Guardian of the Constitution:** Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 22–78. DOI. <http://doi.org/10.1017/CBO9781316136256.003>

VILLA, Gonzalo. La sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de la Constitución. *In: AMBOS, Kai (Coord). Justicia de Transición y Constitución.* Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional. Bogotá D.C: EDPAL, TEMIS, KAS, 2014. Disponível em: [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=33114c11-fa4a-5789-28b5-2f44056203f1&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=33114c11-fa4a-5789-28b5-2f44056203f1&groupId=252038) Acesso em: 15 set. 2020

VILLAR BORDA, Luis. Influencia de Kelsen en el actual sistema colombiano de control jurisdiccional de la Constitución. **Revista Derecho del Estado**, n. 9, dez. 2000, p. 17- 29.



Disponibile en: < <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/877/832>>  
Acceso em: 15 julho 2020.

VILLEGAS, Mauricio. RODRÍGUEZ G. César; UPRIMNY, Rodrigo. El sisteima judicial visto desde el institucionalismo social. *In*: GARCÍA, Mauricio; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida. **Democracia, justicia y sociedad**. Diez años de investigación en Dejusticia. Bogotá D.C: Dejusticia, 2016.

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI, 2018.

WORLD PRISION BRIEF. **World Prision Brief data**. Disponível em: < <https://www.prisonstudies.org/country/brazil>.

YOUNG, Katherine. Inequality and Human Rights. **Interference: International Review of Science**. v. 5, n. 1, dez. 2019. Disponível em: <https://interference-review.com/article/inequality-and-human-rights#endnote-6>

YOUNG, Katherine. The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content. **Boston Collegue Law School**. v. 33, n. 113, p. 113-175. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1920&context=lsfp>

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. 10ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ZAPATA, José Gabriel. Las ideologías políticas de la salud: legitimidad y permanencia de las desigualdades sociales y la exclusión en salud. *In*: **Dilemas en salud: Investigación en diálogos con las Ciencias Sociales y Humanas**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2017.

ZULUAGA, John. Justicia de transición y constitución: a manera de introducción. *In*: AMBOS, Kai (Coord). **Justicia de Transición y Constitución**. Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional. Bogotá D.C: EDPAL, TEMIS, KAS, 2014. Disponível em: [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=33114c11-fa4a-5789-28b5-2f44056203f1&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=33114c11-fa4a-5789-28b5-2f44056203f1&groupId=252038) Acceso em: 15 set. 2020