

# ATIVISMO DIALÓGICO X BLOQUEIOS INSTITUCIONAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DA SENTENÇA T-025/04 DA CORTE COLOMBIANA

DIALOGIC ACTIVISM X INSTITUTIONAL BLOCKS:  
LIMITS AND POSSIBILITIES OF LEGAL CONTROL OF  
PUBLIC POLICIES FROM SENTENCE T-025/04 OF THE  
COLOMBIAN COURT

ACTIVISMO DIÁLOGICO X BLOQUES INSTITUCIONALES:  
LÍMITES Y POSIBILIDADES DE CONTROL JUDICIAL DE  
LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DESDE LA SENTENCIA T-025/04  
DE LA CORTE COLOMBIANA

## SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Constitucionalismo social e tutela jurisdicional dos direitos socioeconômicos; 3. *Weak-Form x Structural Injunctions*: Um debate entre Mark Tushnet e David Landau; 4. Estado de coisas inconstitucional na Colômbia: a Sentença T-025/04; 5. Conclusões: por uma atuação judicial cooperativa nos direitos socioeconômicos; Referências.

## RESUMO:

Quais os limites e possibilidades de atuação jurisdicional no controle de políticas públicas em cenários nos quais os direitos socioeconômicos enfrentam dificuldades para sua materialização? Para responder à questão sobre as omissões estatais na prestação destes direitos e a judicialização nos países do Sul Global,

Como citar este artigo:

LIMA, Flavia,  
FRANÇA, Eduarda.  
Ativismo dialógico  
X Bloqueios  
institucionais: limites  
e possibilidades do  
controle jurisdicional  
de políticas públicas  
a partir da sentença  
T-025/04 da Corte  
Colombiana.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 31, 2019,  
p. 209-243.

Data da submissão:  
22/11/2019

Data da aprovação:  
14/12/2019

o trabalho parte do método dedutivo, com pesquisa bibliográfico-documental, expondo as críticas e propostas de Mark Tushnet (“*weak-form review*”) e David Landau (“*structural injunctions*”). Como estudo de caso, propõe-se a análise qualitativa da *Sentencia T-25/04*, da Corte Constitucional Colombiana, que tratou dos *desplazados* internos, para compreender modelos viabilizadores de decisões judiciais coparticipativas e cooperativas.

#### **ABSTRACT:**

What are the limits and possibilities of jurisdictional action in controlling public policies in scenarios in which socio-economic rights face difficulties for their materialization? To answer the question about state omissions in the provision of these rights and the judicialization in the countries of the Global South, the work starts from the deductive method, with bibliographic-documentary research, exposing the criticisms and proposals of Mark Tushnet (“*weak-form review*”) and David Landau (“*structural injunctions*”). As a case study, a qualitative analysis of Judgment T-25/04 of the Colombian Constitutional Court is proposed, which dealt with the internally displaced, to understand models that enable co-participatory and cooperative judicial decisions.

#### **RESUMEN:**

¿Cuáles son los límites y las posibilidades de acción jurisdiccional en el control de las políticas públicas en escenarios en los que los derechos socioeconómicos enfrentan dificultades para su materialización? Para responder a la pregunta sobre las omisiones estatales en la provisión de estos derechos y la judicialización en los países del Sur Global, el trabajo parte del método deductivo, con investigación bibliográfica y documental, exponiendo las críticas y propuestas de Mark Tushnet (“*revisión de forma débil*”). y David Landau (“*requerimientos estructurales*”). Como estudio de caso, existe el análisis cualitativo de la *Sentencia T-25/04* de la Corte Constitucional colombiana, que se ocupó de los desplazados internos, para comprender los modelos que permiten decisiones judiciales coparticipativas y cooperativas.

#### **PALAVRAS-CHAVE:**

Diálogos institucionais; ativismo judicial; direitos socioeconômicos

**KEYWORDS:**

Institutional dialogues; judicial activism; socio-economic rights.

**PALABRAS CLAVE:**

Diálogos institucionales; activismo judicial; derechos socioeconómicos.

**1. INTRODUÇÃO**

Após a terceira onda de redemocratização, na segunda metade do Século XX, países pertencentes ao denominado *Global South* (MALDONADO, 2013), como Índia, Colômbia e África do Sul, adotaram constituições transformativas ou aspiracionais, que anunciavam o objetivo de promover transformações sociais, ainda que oferecessem eventuais diferenças de tratamento jurídico quanto aos direitos socioeconômicos. Transcorridas quase três décadas, a prática evidenciou a metáfora do “*rights as myths*” (PERELMAN e YOUNG, 2010, p.27), demonstrando que a simples positividade desses direitos não era suficiente para atender aos escopos constitucionais transformativos.

Diante da paradoxal relação entre cartas garantistas e realidades nas quais estes direitos encontravam dificuldades para sua materialização, minorias estigmatizadas e movimentos sociais desses países acabaram por recorrer ao Judiciário com a finalidade de reinterpretar os princípios constitucionais de modo sensível às suas pretensões. Nesse sentido, um dos debates contemporâneos no campo do Direito Constitucional Comparado versa sobre a legitimidade e eficácia do ativismo das cortes na concretização dos direitos fundamentais (sobretudo os de cariz coletivo), em virtude do crescente protagonismo dos juízes na sua proteção. Um dos aportes essenciais à temática concentra-se no problema teórico da fundamentação da justiciabilidade dos direitos socioeconômicos – que, não raramente, precisam ser traduzidos em políticas públicas instrumentais à sua garantia - à luz da teoria democrática e da realidade de contextos sociais caracterizados por profundas desigualdades econômicas e políticas.

O presente trabalho questiona os limites e possibilidades da atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, enfrentando o desafio teórico da construção de respostas institucionais que sejam capazes de superar situações de omissão legislativa ou administrativa. Para tal fim,

propõe-se avaliar o controle jurisdicional em políticas públicas através do estudo da famosa *Sentencia T-025/04*, proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, comumente referenciada como um dos marcos do debate quanto ao papel dos tribunais na garantia de direitos no Sul Global. No julgado, Tribunal declarou o famoso “estado de coisas inconstitucional” e apelou ao princípio constitucional da colaboração harmoniosa entre os diferentes ramos do poder, com o intuito de garantir o cumprimento dos deveres de proteção efetiva dos direitos de todos os residentes no território nacional.

A pesquisa elegeu os seguintes objetivos específicos: (a) analisar como o ativismo dialógico pode ser um mecanismo catalisador da democracia, investigando a possibilidade de um Judiciário indutor do debate público, e não prolator de decisões substitutivas; (b) explorar os modelos fraco (*weak-form*) e forte (*structural injunction*) de intervenção judicial na implementação de políticas públicas, buscando entender qual das duas formas dá ensejo a decisões mais dialógicas e com maiores chances de impactar a realidade social; (c) analisar a Sentença T-025/04 com o escopo de verificar o *modus operandi* da Corte Constitucional Colombiana e os impactos da referida decisão na situação dos “*desplazados*”.

Para tanto, o trabalho será dividido em quatro partes. A primeira abordará o papel das cortes constitucionais ou tribunais supremos na resolução de impasses sociais, enfrentando as críticas suscitadas acerca da falta de *expertise* e legitimidade do Judiciário para interferir em matérias que, *a priori*, deveriam ser resolvidas pela Administração Pública ou pelo Poder Legislativo. A segunda, por sua vez, trabalhará os modelos forte e fraco de intervenção judicial na implementação de políticas públicas, a partir das perspectivas de Mark Tushnet e David Landau, marcos teóricos importantes no que concerne à temática central do artigo. A terceira e última parte, por fim, estudará o instituto colombiano do Estado de Coisas Inconstitucional a partir da Sentença T-025/04. Nesse sentido, será abordada a temática dos diálogos institucionais como alternativa capaz de viabilizar uma interferência mais legítima por parte do Judiciário e de desbloquear instâncias políticas que permanecem inertes diante de violações massivas a direitos fundamentais. A metodologia utilizada é a dedutiva, com o emprego de pesquisa bibliográfico-documental.

O escopo do estudo não é o de sugerir a importação acrítica de prá-

ticas colombianas, pois entende-se que existem diferenças significativas entre esta realidade e à brasileira. Pretende-se tão somente, encontrar virtudes que, respeitando os limites políticos, sociais, e culturais dos países objetos de estudo, agreguem novos conhecimentos e possibilidades de atuação cooperativa entre os poderes, prática ainda recente em *terra brasilis*.

## **2. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E TUTELA JURISDICCIONAL DOS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS**

A presença de diversos setores da sociedade civil no processo constituinte de 1987-8 resultou num amplo rol de garantias individuais e coletivas. Visando superar o legado de um passado de violência e exclusão, a Constituição Federal de 1988 abrigou uma larga lista de direitos fundamentais socioeconômicos, revelando o intuito do constituinte de estabelecer um compromisso com a transformação e inclusão social<sup>1</sup>. Passado o celebrado momento de redemocratização, o desenrolar da história mostrou que não obstante as referidas aspirações, a positivação desses direitos, *per si*, não era suficiente para impactar de forma significativa a realidade de determinados grupos sociais, dando ensejo ao fundado temor de que o direito permanecesse como um conjunto de meras promessas em relação ao futuro ou como um acoplamento de normas meramente simbólicas em relação ao passado (VALLE, 2016, p.10).

Essa estrutura normativa, atrelada à baixa efetividade no que toca aos compromissos constitucionais axiológicos, deflagrou um processo de intensa judicialização das demandas sociais (VALLE, 2016, p.1) sobretudo quando se invoca o argumento do mínimo existencial (SARLET, 2018, p.204) em sua articulação com os direitos fundamentais sociais. O cenário abre espaço, no contexto do fenômeno da judicialização, para a imputação do ativismo, dando ensejo ao amplo debate que se tem sempre por associado a esse padrão de ação institucional. Isso se dá, sobretudo, em virtude desses direitos, muitas vezes, não municiarem o julgador de critérios objetivos para solver a demanda, que carece de prestações positivas em diversos campos do direito; sem clarificar, todavia, os destinatários do direito e a determinação do conteúdo prestacional assegurado. Logo, diante do exercício de uma jurisdição assecuratória da efetividade, a atuação judicial opera no sentido de superar o vácuo legislativo (MA-

CIEL e KOERNER, 2002, p.114).

Essa problemática, todavia, não se manifestou exclusivamente em terra *brasilis*, tendo se mostrado presente em todos os países qualificados pela doutrina como componentes do *Global South*<sup>2</sup>. A referida classificação faz apologia aos países do Hemisfério Sul que apresentaram constituições transformativas e aspiracionais nas quais, não obstante as diferenças de tratamento no que toca à eficácia dos direitos socioeconômicos, o objetivo primário era o de promover a transformação social (VALLE, 2016). Assim, diante da paradoxal relação entre cartas garantistas e uma realidade na qual o direito encontrava dificuldades para sua materialização, minorias estigmatizadas e movimentos sociais desses países acabaram por recorrer ao Judiciário com a finalidade de reinterpretar os princípios constitucionais de modo sensível às suas pretensões. Verificou-se, assim, um padrão reivindicatório no que concerne aos direitos fundamentais sociais e um deslocamento da luta política para o Judiciário, sobretudo diante de litígios que denunciavam uma percebida omissão ou inadequação das opções materializadas pelos demais braços especializados do poder político (VALLE, 2016, p.3).

A escolha das Cortes como *locus* de resolução dos impasses sociais deslocou estas instituições da perspectiva do essencialismo dos direitos para uma atuação mais voltada ao provimento em si, afastando a lógica tradicional das sentenças condenatórias, declaratórias ou constitutivas (VALLE, 2016) e adentrando em decisões cujo objetivo consiste em orientar o futuro do agir administrativo<sup>3</sup>.

Diante desse cenário, as principais críticas levantadas acerca de uma atuação mais proativa do Poder Judiciário giram em torno das objeções referentes ao *déficit* democrático do Poder Judiciário quando interfere no agir dos poderes compostos a partir do princípio representativo e das deficiências funcionais (falta de *expertise*) para a implementação ou redirecionamento das políticas públicas (VALLE, 2009, p.41). O primeiro argumento invoca problemas teóricos, como a “origem” antidemocrática dos juízes e o fato de que suas interferências em questões que deveriam estar sendo resolvidas pelas instâncias majoritárias contrariam os pilares da democracia (legitimidade eleitoral e separação de poderes).

Esses argumentos suscitam dúvidas como a *accountability*, porque a gestão dos juízes não está sujeita ao controle dos cidadãos mediante no-

vas eleições que favoreçam ou prejudiquem o desempenho de juízes ativistas através do voto, de forma que esses atores estariam exercendo uma função crucial sem sofrer controle algum, sem ter que “prestar contas”. Ademais, critica-se os possíveis efeitos antidemocráticos do ativismo judicial, sinalando que a intervenção dos juízes pode acabar substituindo o debate público e a mobilização social como canais de solução de controvérsias e tomada de decisões democráticas (HIRSCHL, 2004).

O segundo argumento versa no sentido de que, ainda que os juízes gozassem de legitimidade democrática, as cortes não possuem *expertise* para formular políticas públicas apropriadas e implementar sentenças que propiciem reformas sociais significativas (ROSENBERG, 2008). Em decorrência da própria natureza da instituição, os tribunais tm conhecimentos limitados sobre assuntos de política pública e dependem dos outros ramos do poder público para que suas decisões sejam cumpridas. Portanto, segundo a referida crítica, carecem de uma visão “macro”; da habilidade de planejar a longo prazo; de informações técnicas e de poder coercitivo para resolver problemas coletivos. Em suma, carecem de expertises próprias da administração pública.

A resposta para as referidas críticas, todavia, talvez não esteja no abandono da concepção do direito como catalisador das transformações sociais, mas sim na reformulação da justificação e dos mecanismos de intervenções judiciais que pretendem assegurar - e não colapsar - a democracia. Ao fixar as capacidades de cada instituição no texto constitucional, cria-se uma noção de especialização que, em certa medida, consiste na idealização de um protótipo. A realidade de um sistema constitucional minimamente complexo é dinâmica e, portanto, carece de soluções que sejam capazes de solver os impasses provenientes de problemáticas que surgem na órbita dos fluxos interinstitucionais. Assim, as capacidades institucionais são necessariamente empíricas e contingentes, só podendo ser determinadas em arranjos institucionais e situações específicas (ARGUELHES e LEAL, 2011, p.28).

Em contextos de escassez de recursos e de assunção, pelo Estado, de um conjunto expressivo de responsabilidades, as maiorias de cada momento terão que escolher em que e quando gastar, além de definir de onde virão os recursos financeiros necessários para esse desiderato (ou seja: deparam-se com o problema de fazer escolhas alocativas sobre recursos

escassos). A intervenção judicial, nessas circunstâncias, justifica-se na ocasião de grupos vulnerabilizados não terem a oportunidade de ver seus interesses atendidos pelo processo político majoritário, de forma que, ao tratar de problemas sociais enquanto problemas jurídicos, as cortes constitucionais acabam transformando-os em um “assunto de direito”. Esse aspecto mostra-se relevante, sobretudo, quando há a necessidade de que determinado tema ganhe visibilidade e seja tratado com urgência.

Não se pode afirmar, de forma categórica, que determinados assuntos devem ser *sempre* tratados por determinadas instituições, numa presunção de que elas reúnem, indiscutivelmente, as melhores condições para formular as respostas adequadas. As tentativas de determinar, por meios puramente conceituais e clivagens teóricas, um conjunto de temas que têm, em todas as realidades imagináveis, natureza exclusivamente legislativa ou exclusivamente judicial, “são *incompatíveis* com a perspectiva subjacente ao método orientado nas capacidades efetivas de diferentes instituições” (ARGUELHES e LEAL, 2011, p.22).

Tribunais são atores políticos com considerável influência nas regras do jogo democrático, de forma que mais frutífero que os debates travados acerca da (i)legitimidade da sua atuação, são as discussões acerca de caminhos que possam construir mecanismos de decisões cooperativas. Dessa forma, o objetivo central do presente trabalho não é entender como as normas constitucionais devem ser interpretadas, e sim como cada instituição é capaz de interpretar um mesmo texto (SUNSTEIN e VERMEULE, 2003, p.890)<sup>4</sup>, buscando traçar limites e possibilidades para uma atuação jurídica<sup>5</sup> em casos de potenciais tensões interinstitucionais<sup>6</sup>.

Em suma, se o ativismo judicial opera dentro de determinadas circunstâncias e mediante os mecanismos adequados, seus efeitos, ao invés de serem antidemocráticos, são catalisadores e promotores da democracia<sup>7</sup>. O desafio é entender quais são essas circunstâncias e esses mecanismos<sup>8</sup>. O presente artigo não se propõe apenas a enfatizar habilidades ou restrições das instituições, pois entende-se que tal conduta pode ser decisiva para uma sobrevalorização das mesmas. Pretende-se, tão somente, através da análise da Sentencia T-025/04, avaliar os efeitos decorrentes da interferência judicial em um quadro de violação massiva a direitos fundamentais, a fim de entender se a proatividade da Corte Constitucional Colombiana na temática do deslocamento forçado, deu ensejo a transfor-

mações sociais (através de efeitos simbólicos e instrumentais da referida decisão). A análise do caso em pauta mostra-se relevante na medida em que considerações estritamente normativas ou sistemáticas acerca das capacidades institucionais, desvinculadas de seus efeitos concretos, enfraquecem ou até mesmo invalidam o debate acerca dos limites e possibilidades dessa atuação, sendo mais frutífero pautar a discussão em habilidades e falhas empiricamente mensuráveis.

Assim, apesar das críticas referentes a uma possível falta de *expertise* do Judiciário para esse tipo de intervenção e os riscos levantados acerca do ativismo e da “juristocracia” (HIRSCHL, 2004), essa atuação excepcional mostra-se relevante. Isso porque, normalmente, não adentra em questionamentos acerca da existência ou conteúdo dos direitos fundamentais em questão, mas busca, tão somente, garantir minimamente direitos básicos dos indivíduos que já foram definidos pelos poderes democráticos, mas que encontram-se diante de uma reiterada inércia e omissão estatal. Logo, essa atuação tem potencial para viabilizar a fixação de uma agenda e metodologia que priorizem e favoreçam a discussão acerca dos direitos fundamentais (sobretudo em caso de obstrução política ou bloqueio institucional) (VALLE, 2016)

O ativismo judicial, dessa forma, no que toca à concretização dos direitos socioeconômicos, apresenta-se como uma ferramenta interessante<sup>9</sup>, pois apesar do Poder Judiciário não ter uma origem democrática, o juiz constitucional exerce uma função democrática fundamental: a de ser guardião da continuidade do processo democrático (UPRIMNY, 2007, p.66) Sua atuação trata diretamente com violações generalizadas de direitos que são pressupostos materiais e processuais da democracia, buscando superar um dos dos principais obstáculos à sua concretização – a resistência política. Ao assegurar sua realização, os juízes cumprem uma função democrática essencial<sup>10</sup>.

Outra contribuição da atuação judicial em questões relativas a direitos fundamentais e socioeconômicos revela-se nos efeitos indiretos e simbólicos<sup>11</sup> das sentenças, sobretudo diante de casos que demandam resoluções estruturantes. Esses podem ser tão ou mais importantes que os efeitos materiais, pois embora as vitórias judiciais, muitas vezes, não se traduzam, automaticamente, na mudança social desejada, elas podem ajudar a redefinir os termos das lutas imediatas e de longo prazo entre

grupos sociais<sup>12</sup>.

Entretanto, se somente os tribunais se colocassem como protagonistas da efetivação dos direitos constitucionais, haveria um risco inafastável de um esvaziamento da legitimidade democrática (uma vez que decisões capazes de vincular a sociedade como um todo não podem ter como base de sustentação raciocínios estritamente jurídicos) e de uma perpetuação do imobilismo do Poder Público (VALLE, 2013, p. 387). A fim de evitar as referidas problemáticas, é importante encontrar fórmulas mais participativas entre os poderes e a sociedade, visando evitar danos à democracia e garantir soluções de caráter mais abrangente, que busquem operar no plano da macrogestão<sup>13</sup>.

Diante dessa conjuntura, portanto, reclama-se a necessidade de um Judiciário indutor do debate público, e não prolator de decisões substitutivas. É indispensável que juízes, ao tratarem de questões estruturais, dialoguem com os demais ramos do poder Público e com outras esferas da sociedade (tais quais os movimentos sociais, as associações civis e os partidos políticos), pois se entende que os sistemas jurídicos democráticos constitucionalizados fortalecem-se na medida em que acontecem interlocuções institucionais e sociais de forma constante e fluída<sup>14</sup>. (GAURI e BRINKS, 2008, p.306) A guarda dos preceitos da norma que conta com o nível máximo de validade formal é uma espécie de tarefa compartilhada entre uma ampla gama de atores constitucionais, políticos e sociais.

Nesse diapasão, Garavito (2013, p.7) sustenta ser mais provável que decisões que se iniciam com um “ativismo dialógico”, sejam bem-sucedidas. Isto porque sentenças dialógicas estabelecem metas amplas e processos de execução claros, com prazos e demanda de relatórios de progresso durante sua execução, deixando decisões substantivas e resultados detalhados aos órgãos administrativos. Ordens dessa natureza, para o autor, além de serem compatíveis com o princípio da separação dos poderes, promovem uma ampla eficácia das decisões em questão. Ademais, uma abordagem dialógica permite mecanismos de monitoramento participativo, tais quais as audiências públicas; as comissões de monitoramento designadas pelos tribunais; e os convites à sociedade civil aos organismos administrativos para que apresentem considerações relevantes e participem da deliberação promovida pelos tribunais. Assim, os impactos da intervenção judicial são aprimorados e promove-se um processo de deli-

beração política.

### 3. *WEAK-FORM X STRUCTURAL INJUNCTIONS*: UM DEBATE ENTRE MARK TUSHNET E DAVID LANDAU

Em seu artigo “*The Reality of Social Rights Enforcement*”, David Landau partilha do argumento levantado por outros autores de que o debate acerca de “se” os direitos socioeconômicos deveriam ou não ser positivados na Constituição e, se o fossem, se deveriam gozar de justiciabilidade, é ultrapassado. Pois, como afirma Tushnet (2012, p.53), a discussão atual orbita em torno de “como” as cortes podem efetivar esses direitos. Nesse sentido, o artigo do professor norte-americano apresenta quatro formas de “como” o Poder Judiciário (e, sobretudo, as Cortes Constitucionais) podem concretizar os direitos sociais e econômicos: a) ações individuais (*individual actions*); b) injunções proibitivas (“*negative injunctions*”); c) por determinações “fracas” de políticas públicas (“*weak-form review*”) e d) por decisões estruturais (“*structural injunctions*”). Os dois últimos, para o autor, mostram-se como os mais adequados para assegurar direitos fundamentais econômicos e sociais para a população menos favorecida.

Isso porque, nas ações individuais, os juízes concedem uma prestação a um único demandante, em casos que normalmente envolvem medicamentos, pensões ou subsídios (LANDAU, 2011, p.230) e favorecem, em geral, indivíduos pertencentes às classes média e alta<sup>15</sup>. Nas injunções proibitivas, por sua vez, as cortes prolatam sentenças impedindo que determinado benefício social seja cancelado por alguma lei ou autoridade pública. Para o professor norte-americano, tais injunções estão intimamente relacionadas ao princípio da proibição do retrocesso social e, assim como as ações individuais, possuem efeitos que se limitam aos litigantes (inter-partes) (LANDAU, 2011, p.230).

Argumenta que a tendência da utilização de ações individuais ocorre devido ao fato das cortes se sentirem mais seguras em prolatar decisões individuais, tendo em vista que, nesses casos, não interferem diretamente na estrutura sistêmica dos demais poderes (LANDAU, 2011, p.199). O receio em relação às consequências de suas decisões e à reação dos poderes políticos, faz com que os juízes prefiram optar por formas mais conservadoras de concretização dos direitos fundamentais (LANDAU, 2011, p.191).

O problema central dessa postura é o fato de que as ações individuais<sup>16</sup> geram desequilíbrios financeiros na Administração Pública e beneficiam demasiadamente os indivíduos pertencentes às classes mais favorecidas, pois quando o Judiciário efetiva os direitos sociais de forma individualizada, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à justiça. Os efeitos não isonômicos desse tipo de jurisprudência individualizada trazem à baila a necessidade de estudar meios capazes de veicular ações judiciais cujos benefícios se estenderão à coletividade e, sobretudo, aos grupos economicamente vulneráveis.

As duas últimas formas de judicialização, em contrapartida, se voltam a um grupo maior de indivíduos (beneficiam à coletividade) e envolvem litígios mais complexos e difusos. No *weak-form review* (modelo fraco), os tribunais afirmam a necessidade de elaboração de certa política pública destinada a impedir violações de direitos fundamentais, mas deixam de adentrar no mérito administrativo e não designam especificamente de que forma tal política deve ser concretizada (TUSHNET, 2009, p. 244). Nas decisões estruturais, por sua vez, os tribunais prolatam ordens de execução complexas, que buscam realizar alterações sistêmicas em instituições burocráticas do Estado. Nelas, há maior determinação de prazos e das medidas que devem ser adotadas pelos agentes públicos (FISS, 2003, p.3).

Ao realizar um estudo acerca da jurisprudência colombiana, no caso do deslocamento interno, Landau argumenta que as *structural injunctions* obtiveram resultados mais exitosos na Colômbia do que a *weak-form* obteve na África do Sul. Tushnet (2012, p.55), isso porque a utilização do modelo fraco pelo Tribunal Constitucional do país fez com que a fase de execução da sentença não obtivesse resultados satisfatórios (LANDAU, 2012, p.192), apesar da ideia subjacente à decisão ter sido correta. Para o autor, o *modus operandi* do Tribunal deveria ter sido mais interventivo e menos deferente à vontade da Administração Pública (LANDAU, 2012, p.198), pois ordens genéricas não são suficientes para alcançar os resultados objetivados. É preciso, dessa forma, que os juízes adentrem de forma mais incisiva na concretização de políticas públicas.

Ao abordar a experiência colombiana no caso dos *desplazados* internos, dispôs que estratégias judiciais “mais agressivas e não convencionais” se apresentam mais efetivas na resolução de casos que envolvem

direitos prestacionais (LANDAU, 2012, p.198). Nesse sentido:

Esse cenário leva à necessidade de inovação das medidas, no sentido de modelos mais fortes de revisão e supervisão judicial, e não de formas mais fracas, como as defendidas por Tushnet, Sunstein e outros. As experiências na Colômbia e na Índia demonstram que estratégias de execução mais agressivas e não convencionais – especialmente a utilização de remédios estruturais – podem produzir melhores resultados na busca pelos direitos sociais dos mais pobres. Ademais, essas estratégias podem ser mais eficazes para fortalecer grupos da sociedade civil e induzir mudanças importantes na burocracia estatal (LANDAU, 2012, p.192).

Em resposta ao artigo desenvolvido por Landau, Mark Tushnet dispõe que antes de comparar as duas formas de decisão judicial e assumir que um dos dois modelos seria mais interessante para proteger direitos socioeconômicos, existem outras questões empíricas e conceituais (que podem variar a depender do caso concreto) que precisam ser exploradas, como por exemplo: o lapso temporal que se deve esperar antes de averiguar-se se uma decisão logrou êxito ou não (independentemente do modelo utilizado) e o parâmetro escolhido para aferir o sucesso da decisão.

O objetivo central de Tushnet não é o de estabelecer parâmetros que beiram a cientificidade para avaliar o (in)sucesso de decisões judiciais que adotam a *weak-form* ou o *structural injunctions*, e sim, defender que as diferenças existentes entre essas categorias, da forma como Landau expõe, são relativamente pequenas. Para o autor, no caso dos deslocados internos, o cenário político era favorável à proteção dos grupos vulnerabilizados e a Corte Constitucional Colombiana gozava de de amplo apoio social. Em *Grootboom*, por outro lado, o cenário político da África do Sul era conservador e resistente ao ativismo judicial. Ou seja: a diferença entre o êxito e o fracasso dos casos, respectivamente, não esteve atrelado às formas de adjudicação utilizadas e sim a questões políticas (TUSHNET, 2012, p.159-160). Nesse sentido:

Considero que a diferença entre injunções de forma fraca e estrutural é que as últimas são substancialmente mais detalhadas e prescritivas que as primeiras. O remédio utilizado em *Grootboom* disse ao governo: “Elabore um plano para garantir que aqueles que estão precisando desesperadamente de uma moradia sejam alocados de forma relativamente

rápida”. Esse é um remédio de forma fraca. Se a ordem fosse “Elabore um plano para construir (um número específico de) unidades habitacionais no próximo ano fiscal para aqueles que precisam desesperadamente”, seria mais uma injunção estrutural. Ou até mesmo “Construa essas unidades habitacionais próximo ano”. O grande lapso temporal para o cumprimento dessas decisões é o que as distingue das individual actions e negative injunctions; o grau de generalidade ou de especificidade é o que distingue a weak-form e structural injunctions (TUSHNET, 2012, p.58, tradução nossa).

Assim, apesar de, teoricamente, existir uma diferença entre esses dois modelos, Tushnet, pautado na experiência americana (e na experiência colombiana com o deslocamento forçado de pessoas), aponta que as *structural injunctions*, em geral, começam como uma decisão “fraca” (weak-form), na qual as Cortes não se preocupam – ao menos em um primeiro momento – em especificar detalhes, para depois evoluírem para um modelo mais “forte” de intervenção judicial. Para o autor, a resistência política leva à frustração judicial na medida em que os tribunais enxergam que suas decisões estão enfrentando dificuldades de aderência e implementação. Diante disso, percebem a necessidade de aumentar a especificidade de suas ordens a fim de viabilizar um monitoramento mais fácil e efetivo da decisão. Logo, observam como seus decretos estão sendo implementados e sob quais aspectos estão sendo falíveis para produzir estratégias que funcionem melhor naquele determinado contexto, de forma que, com o passar do tempo e com a experiência adquirida, tornam-se capazes de, gradativamente, emitir decisões com maiores graus de detalhamento acerca do caso em questão (TUSHNET, 2012, p.59).

Conclui defendendo a utilização dos *weak-form remedies* em casos que envolvam direitos socioeconômicos, pois acredita que enquanto uma *structural-injunction* já se inicia sofrendo uma certa resistência burocrática, a forma fraca tenta, primeiramente, desbloquear as instituições que encontram-se inertes ou apresentam resistência à resolução de determinado problema social, o que não aconteceria por vontade própria destes atores. Ademais, demonstram uma certa deferência para com as escolhas administrativas, pois:

Uma liminar estrutural pode “funcionar” para melhorar a prestação de assistência médica da burocracia, mas sua im-

plementação pode consumir recursos que os políticos preferem dedicar à política de habitação, e do ponto de vista dos direitos sociais e econômicos a saúde não tem prioridade óbvia sobre a habitação. Os casos que envolvem remédios fracos mantêm essas dificuldades em mente. Com um pouco de exagero pode-se dizer que os remédios de forma fraca são projetados para inverter a resistência burocrática e política e fazer com que os políticos apoiem uma política planejada pelo tribunal. Assim, por exemplo, um remédio de forma fraca visa melhorar a operação de um sistema burocrático em seus próprios termos. Isto é, garantindo que ele opere de acordo com políticas racionais dentro da própria estrutura da burocracia (TUSHNET, 2012, p.60, tradução nossa).

Em suma, Tushnet defende que os remédios fracos são formas mais dialógicas de decidir, pois, além de sua natureza “interativa” (*interactive nature*) (TUSHNET, 2012, p.61) viabilizam uma maior participação de atores constitucionais que possuem mais *expertise* e legitimidade que o Judiciário para interferir em questões de cariz coletivo, que impactam direta ou indiretamente – no orçamento público. Assim, as decisões obteriam – pelo menos teoricamente – maior aderência da classe política, pois passariam, primeiramente, por uma fase de tentativa de implementação da decisão judicial; secundamente, por um período de observação no qual seus êxitos e falhas seriam observados; e, nesse seguimento, por uma fase de reavaliação judicial na qual, se necessário, determinados aspectos da decisão judicial seriam alterados (TUSHNET, 2012, p.61). A partir desse modelo, dessa forma, seria alcançado um maior equilíbrio entre o dever judicial de proteger os direitos socioeconômicos e o imperativo democrático de separação de poderes.

O posicionamento de Tushnet também é defendido por outros atores, tais como Cass Sunstein (2001, p.221-237) e Rodríguez-Garavito (2010, p.54), que sustenta que o detalhamento excessivo de algumas decisões estruturais pode ser um óbice à eficácia dos julgamentos que envolvem problemas e falhas sistêmicas.

Por fim, de acordo com o exposto por Tushnet, a distinção entre *weak-form* e *structural injunctions* parece ser mais tênue do que a que Landau sugere e, o caso da Sentencia T-025/04, nesse seguimento, aparenta ter começado como um *weak-form remedy*, tendo evoluído, com o passar do

tempo, para um *structural injunction* (modelo forte). Apesar disso, o sucesso ou não da implementação de políticas públicas depende muito mais da disponibilidade dos atores constitucionais e políticos de dialogarem e das circunstâncias econômicas, sociais e políticas de um determinado país do que das formas coercitivas empregadas.

#### **4. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA COLOMBIA: A SENTENCIA T-025/04**

A terceira grande onda de redemocratização, no final dos anos 80 e começo dos anos 90, deu ensejo a profundas reformas constitucionais na América Latina, voltadas a reestabelecer ou fortalecer a democracia através da positivação de um amplo rol de direitos fundamentais e sociais, e da criação de Cortes Constitucionais ou da ampliação de poderes para cortes supremas que já existiam. Nesse sentido, em 1991, com a promulgação da Constituição Colombiana, foi criada a Corte Constitucional do país, cuja missão fundamental reside na “guarda da integridade e supremacia da Constituição” (artigo 241).

Desde que iniciou suas atividades, a CCC tem se mostrado ativa<sup>17</sup>, sobretudo quando atua para garantir direitos fundamentais e sociais, tendo, dessa forma, ganhado amplo respeito popular (CAMPOS, 2014). A Corte, ao longo dos anos, frente ao cenário de crise dos direitos fundamentais e socioeconômicos no país, tem recusado uma abordagem formalista e conservadora da Constituição e afirmado a necessidade de realizar uma interpretação criativa a fim de “preservar os comandos constitucionais diante da realidade socioeconômica do país e, assim, garantir as liberdades individuais, reduzir as desigualdades sociais e proteger as minorias vulneráveis e marginalizadas.” (CAMPOS, 2014, p.124).

Essa capacidade de inovar o direito, com o intuito de atender à realidade social, deu ensejo a uma figura que tem sido “um dos aportes fundamentais do constitucionalismo colombiano à jurisprudência e à discussão internacional sobre a proteção dos direitos humanos”(CAMPOS, 2016, p.16): o estado de coisas inconstitucional<sup>18</sup>. O referido instituto verifica-se em casos de violação massiva e reiterada de direitos fundamentais, provenientes de ações ou omissões de instituições Estatais, que acabam por agravar a crise econômica e a desigualdade social no país, denunciando a incoerência entre os comandos normativos constitucionais e

a realidade social (CABALLERO e FERNANDÉZ, 2015, p.121-134). A intervenção judicial, nesses casos, não é capaz de, isolada, resolver problemas estruturantes, que demandam, por sua própria natureza, uma ampla gama de atores. Os magistrados buscam, dessa forma, através de ordens gerais ou específicas, reestabelecer os direitos constitucionais dos afetados, reconhecendo sua legitimidade<sup>19</sup> para interferir na agenda política e nos “processos de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas quando isso se mostrar indispensável para a superação de quadros de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais” (CAMPOS, 2016, p.16)

Foi nesse sentido que, em 2004, a Corte Constitucional Colombiana enfrentou um dos mais importantes casos de violação massiva de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais: o caso do deslocamento forçado de pessoas em decorrência do contexto de violência na Colômbia. O deslocamento forçado é um fenômeno típico de países que sofrem um quadro interno de violência, de forma que a população é obrigada a migrar dentro do território e a abandonar seus lares e suas atividades econômicas em virtude de ações violentas de grupos como as FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia), que ameaçam sua integridade física, famílias, segurança e liberdade.

O fenômeno não é recente no país e já foi classificado pela Corte, em diferentes ocasiões, como *“un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, principiando, como es lógico, por los funcionarios del Estado”*; (CABALLERO, 1997) *“una tragedia nacional, que afecta los destinos de innumerables colombianos y que marcará el futuro del país durante las próximas décadas”* (MUÑOZ, 2000); e, mais recentemente, como um fator que causa uma evidente tensão entre *“la pretensión de organización política y la prolífica declaración de valores, principios y derechos contenidas en el Texto Fundamental y la diaria y trágica constatación de la exclusión de ese acuerdo de millones de colombianos”* (TRIVIÑO, 2002).

Garavito e Franco (2010, p.14) apontam que entre os anos de 1946 e 1966, cerca de dois milhões de pessoas migraram forçadamente e nunca retornaram. Em tempos mais recentes, entre 1984 e 1995, aproximadamente seiscentas mil pessoas foram vítimas do deslocamento forçado. E na segunda metade dos anos noventa, com o aumento do conflito armado

no país, o deslocamento interno aumentou significativamente, de forma que o período entre os anos de 2000 e 2002 foi o mais crítico para a agravção do fenômeno. Esse período coincide com a fase de maior expansão dos grupos paramilitares e com a ruptura dos diálogos de paz com as FARC.

“2002 fue un año nefasto para el tema del desplazamiento forzado en Colombia. En esos 12 meses, marcados por el fin del proceso de paz con las FARC y la transición de la administración Pastrana a la de Álvaro Uribe, el 85 por ciento de los municipios del país vio huir a algún porcentaje de sus pobladores por motivos relacionados con el conflicto armado” (*El Tiempo*, 2003).

Assim, com o aumento dos conflitos nos anos noventa, se intensificaram também os deslocamentos massivos da população, que tiveram seu auge nos anos 2000 e 2002. Apesar da gravidade e da magnitude do deslocamento forçado ter aumentado de forma considerável no referido período, o poder público atribuía o problema a razões exclusivamente econômicas ou a desastres naturais, não estabelecendo uma conexão entre o fenômeno e a violência interna no país (GARAVITO E FRANCO, 2010, p.15).

Ante este vacío estatal, la ayuda humanitaria y el acompañamiento a la población desplazada eran prestados, esencialmente, por la Iglesia, el Comité de la Cruz Roja Internacional y la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes). Existían también algunos proyectos gubernamentales aislados, implementados por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, la Oficina de Orden Público y Convivencia Ciudadana del entonces Ministerio de Gobierno (hoy en día Ministerio del Interior y Justicia) y el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social (Foses) (Comisión de Derechos Humanos 1995: numeral 86). Sin embargo, en varias zonas del país no había ninguna organización para los desplazados o programa destinado a ellos (Comisión de Derechos Humanos 1995: numeral 59). En suma, no existía una política pública articulada ni un conjunto de instituciones coordinadas para atender la crisis humanitaria originada por el desplazamiento forzado (GARAVITO E FRANCO, 2010, p.15).

O período de tempo entre 1995 e 2004 foi uma etapa embrionária de reconhecimento da problemática e de tentativa de formulação de

normas (Ley 387 de 1997) e políticas cujo escopo central era atender às necessidades da população deslocada e tentar solucionar o quadro de deslocamento massivo no país. Apesar dos esforços, os resultados não foram satisfatórios, criando uma dicotomia entre abundância normativa e ineficácia política. Assim, apesar do tema ter sido incorporado na agenda pública<sup>20</sup>, primeiro pelo Poder Executivo (CONPES 1995) e posteriormente pelo Congresso (Ley 387 de 1997), foi somente com a interferência da Corte que o problema ganhou notoriedade.

Na Sentença T-25/04 a Corte examinou 108 pedidos de tutelas formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados. A maior parte dessa população era composta por grupos vulnerabilizados, tais quais: mulheres, menores, minorias étnicas e idosos<sup>21</sup>, razão pela qual a Corte flexibilizou a legitimidade ativa para os pedidos de tutela, permitindo que a interposição dos recursos fosse feita “diretamente por associações de defesa dos direitos das pessoas deslocadas e pelas próprias pessoas prejudicadas” (CAMPOS, 2016, p.146) sem que houvesse a necessidade da atuação de advogados. A ação caracteriza-se como de litigância estratégica e foi interposta em face de diversas autoridades públicas<sup>22</sup>, com o argumento central de que o Estado não estava cumprindo com seu dever de proteção à população deslocada<sup>23</sup> e que as vítimas que solicitaram ajuda do poder público (em virtude da Ley 387 de 1997), não estavam recebendo respostas satisfatórias<sup>24</sup>.

Entre as respostas recebidas pelos deslocados estavam:

2. Que a entidade a quem a solicitação era feita não era competente para conceder a assistência solicitada, uma vez que era responsável apenas por algum aspecto da coordenação;
- 2) Que não havia disponibilidade de orçamento suficiente para atender à solicitação;
- 3) Que essa ajuda humanitária de emergência era concedida apenas por três meses e, em casos excepcionais, poderia ser prorrogada por mais três meses, mas que além desse período peremptório, seria impossível estender a ajuda, independentemente da situação de fato em que os deslocados se encontrassem;
- 4) Que a assistência solicitada não poderia ser prestada porque não estava registrada no Registro Único de População Deslocada;
- 5) Que a entidade encarregada de atender sua solicitação estava em liquidação;
- 6) Que existia um erro no pedido ou ausência do requerente para solicitar assistência habitacional;
- 7) Que

o programa de assistência habitacional estava suspenso por falta de disponibilidade orçamentária; 8) Que os pedidos seriam respondidos em estrita ordem de apresentação e desde que existisse disponibilidade orçamentária; 9) Que a política de assistência habitacional havia sido modificada pelo governo nacional e transformada em política de crédito habitacional de interesse social, existindo a necessidade submeter uma nova solicitação às entidades responsáveis pela concessão dos empréstimos; 10) Que a única maneira de acessar a ajuda à recuperação econômica seria apresentar um projeto produtivo, apesar de a lei prever outras formas de restauração (COLOMBIA, 2004, p.33).

Os pedidos formulados pelos demandantes, dentre outros, versaram no sentido de: ver seus pleitos atendidos dentro de um espaço de tempo razoável; receber ou continuar a receber ajuda humanitária de emergência; serem reconhecidos enquanto “desplazados” e gozarem dos benefícios decorrentes do referido *status*; receber medicamentos prescritos, alimentação e dar acesso à educação para as crianças; e, por fim, que as entidades territoriais, de acordo com a sua disponibilidade orçamentária, contribuíssem para os planos de provisão de moradias para a população deslocada (COLOMBIA, 2004, p.15).

Dessa maneira, a Corte entendeu tratar-se de uma violação massiva, repetida e constante de direitos fundamentais, acarretada pela falta de ação política do Legislativo e do Executivo, cuja solução requeriria a intervenção de diferentes entidades para responder a problemas de ordem estrutural (CAMPOS, 2016, p.145).

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de

cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas (COLOMBIA, 2004, p.15).

Assim, após declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, em suma, a CCC determinou que fossem formuladas novas políticas públicas (dentro do prazo de quatro meses); que fossem editadas leis e um marco regulatório eficiente para proteger, além dos direitos individuais dos demandantes, a dimensão objetiva dos direitos envolvidos, que oportunizasse às organizações e entidades representativas da população deslocada a participação na tomada de decisões; que os governos locais seguissem de forma coerente a nova política nacional e, por fim, que as autoridades informassem às pessoas deslocadas, de maneira clara e imediata, acerca de seus direitos básicos.

Por tratar de falhas graves e profundas do Estado, é classificada por Garavito e Franco como uma macrosentença e como uma das mais emblemáticas tentativas judiciais de sua implementação. Durante os seis anos em que os autores acompanharam o decorrer do processo, a CCC manteve jurisdição sobre o caso, a fim de garantir o cumprimento de suas ordens, através de oitenta e quatro decisões de seguimento e quatorze audiências públicas, nas quais a Corte analisou o trabalho do governo e ditou novas ordens para impulsionar a proteção dos direitos dos deslocados

internos (GARAVITO e FRANCO, 2010, p.15).

## 5. CONCLUSÕES: POR UMA ATUAÇÃO JUDICIAL COOPERATIVA NOS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS

*“In the complex administrative environment in which we now live, neither courts, legislatures, nor administrative agencies operating alone can successfully resolve major social problems. Successful policymaking in a complex regulatory environment requires continuing interchanges and often continuing involvement of all three branches of government.”* (REBELL, 2007, p. 1539).

O principal marco da sentença consiste na forma como o Tribunal Colombiano lidou com a sua implementação. A Corte conservou a jurisdição sobre o tema e assumiu a tarefa de fazer um seguimento detalhado e contínuo da atuação do Estado depois da prolação da T-025/04. Para isso, emitiu ordens no sentido de que o Estado: 1) criasse um plano de ação para superar o ECI; 2) procurasse assegurar os pressupostos necessários para implementá-lo; e 3) garantisse os direitos básicos da população deslocada. Ao requerer a implementação de políticas públicas e convocar audiências públicas para discuti-las, a Corte estabeleceu um procedimento participativo e gradual de implementação da sentença, que surtiram bons efeitos práticos porque a Corte dialogou com os outros poderes e a sociedade.

As ordens ditadas pelo Tribunal não visaram especificar os detalhes<sup>25</sup> das medidas que as autoridades públicas deveriam tomar para atender à população dos deslocados internos (como já havia acontecido em outras sentenças, tal como na *Sentencia C-700 de 1999*). Visaram, tão somente, expedir ordens de procedimento que fossem capazes de envolver a participação do Estado e da sociedade civil na elaboração e aplicação de programas para enfrentar a crise que afetava os direitos fundamentais do grupo vulnerabilizado em questão<sup>26</sup>. Como afirmam Paul Rouleau e Linsey Sherman (2009, p.182), as “ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória” têm mais chance de obter resultados exitosos que “ordens detalhadas sujeitas à execução se desrespeitadas”.

Ao dispor acerca das referidas medidas, a Corte afirmou que sua atuação não implicaria numa violação à separação de poderes prevista na Constituição de 1991 e nem interferiria na atuação das demais autorida-

des no cumprimento de seus deveres. Pelo contrário, o Tribunal, levando em consideração os instrumentos legais que desenvolveriam a política de atenção à população deslocada, bem como o desenho da política e os compromissos assumidos pelas diferentes entidades, apelou ao princípio constitucional da colaboração harmoniosa entre os diferentes ramos do poder, com o intuito de garantir o cumprimento dos deveres de proteção efetiva dos direitos de todos os residentes no território nacional. Essa, para a referida instituição, é a competência do juiz constitucional de um Estado Social de Direito em relação aos direitos que têm uma clara dimensão prestacional.

Garavito e Franco (2010, p.14) apontam, nesse sentido, que a combinação de ordens gerais (não específicas<sup>27</sup>) com mecanismos de seguimentos públicos (tais quais as audiências públicas), criou espaços de deliberação que ofereceram alternativas inovadoras e com potencial democrático para a aplicação judicial dos direitos constitucionais. Nesse sentido, em âmbito nacional, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que, em processos estruturais, a administração pública e as legislaturas devem ser as encarregadas pela elaboração do plano da política pública, que, posteriormente, será homologado pelo órgão judicial que emitiu a decisão (SARLET, 2018, p.230).

Dessa forma, não obstante as críticas no sentido de que o ativismo viabiliza uma interferência judicial na esfera de atuação do Executivo e do Legislativo (que são eleitos popularmente), são frequentes os casos em que as burocracias e os sistemas políticos das democracias contemporâneas entram em situações de estancamento estrutural, o qual acaba por frustrar a realização dos direitos constitucionais. Nessas circunstâncias, de bloqueios institucionais ou inexistência de políticas públicas, os autores defendem que as cortes são o local adequado para dar andamento ao funcionamento do Estado e promover a proteção dos direitos. Argumentam, por fim, que esse tipo de intervenção judicial fortalece a democracia ao invés de enfraquecê-la, como muitos sugerem.

Apesar de ainda ter o maior número de pessoas deslocadas do mundo (CAMPOS, 2015), uma vez que o contexto de violência urbana ainda não foi superado pelo Poder Executivo Nacional, desde a adoção das medidas proferidas pela Corte Constitucional, a maior parte da população deslocada não está completamente desassistida e nem sofrendo a violação

massiva de seus direitos fundamentais como outrora. O caso possibilitou uma melhora no gozo efetivo dos direitos da população *desplazada* e “uma redução no volume de novos casos, especialmente de *desplazados* em massa de uma mesma localidade”(CARDOSO, 2019, p.555). Ainda acerca dos efeitos materiais da decisão, pode-se dizer que houve: a formulação e a implementação de novas normas e políticas públicas por parte das autoridades às quais estão dirigidas as ordens da sentença; a inclusão das ONG’s litigantes nas audiências públicas e nos processos de de seguimento; e a melhoria do financiamento e prestação de alguns serviços aos demandantes da ação (GARAVITO e FRANCO, 2010, p.24).

Ademais, além dos efeitos materiais, a prolação da sentença teve efeitos simbólicos. Garavito e Franco (2010, p.23) apontam, nesse sentido, que o enfrentamento judicial da situação dos deslocados internamente contribuiu para mudar a percepção pública sobre a urgência e a gravidade do deslocamento forçado na Colômbia. A judicialização de determinadas demandas, dessa forma, logra êxito não somente quando produzem efeitos materiais, capazes de provocar a mudança social desejada; mas, também, são exitosas quando ajudam a “redefinir os termos das disputas entre grupos sociais, tanto em curto quanto em longo prazo” (HALTOM e MCCANN,2004). O processo judicial, dessa forma, pode proporcionar efeitos simbólicos transformadores ao dar visibilidade a determinadas problemáticas sociais nos meios de comunicação ou criar laços duradouros entre organizações ativistas; laços que podem sobreviver para decidir e derivar em ações políticas coletivas em favor da mesma causa em outros cenários que não os tribunais - por exemplo, o Congresso, as ruas ou as instâncias internacionais de direitos humanos - (GARAVITO e FRANCO, 2010, p.23).

A sentença T-025 mostra, na prática, como a intervenção judicial foi capaz de romper com a burocracia que impedia o poder público de dar atenção à população deslocada e como essa atuação, ao invés de substituir o papel do Governo e do Congresso colombiano, serviu de complementação para a sua atuação. O fato é que os remédios estruturais podem ser uma ferramenta eficaz para a proteção de direitos de grupos sociais minoritários, impopulares e marginalizados. Todavia, o princípio democrático e as normas constitucionais impõem que as Cortes respeitem o papel político e a expertise do Legislativo e do Executivo, atuando sempre de for-

ma equilibrada e flexível. É ilusório imaginar que o Judiciário seja capaz de resolver problemas políticos e econômicos que os outros poderes não solucionaram, de forma que transformações sociais só podem alcançar níveis satisfatórios de efetividade caso os demais poderes do Estado também se comprometam com os fins objetivados. A formulação de políticas públicas nas democracias contemporâneas requer o estabelecimento da prática de diálogos institucionais contínuos e o envolvimento permanente de todos os poderes do Estado, não sendo possível que decisões judiciais “transformem de forma imediata décadas de omissões do poder público” (PORFIRO, 2018, p.71).

Percebe-se, assim, que as sentenças estruturantes, além de seus efeitos materiais e simbólicos, viabilizam um debate público acerca das violações dos direitos fundamentais. Em sua essência, esse tipo de litígio, muitas vezes, envolve o controle jurisdicional de políticas públicas e, portanto, demanda o uso de técnicas de decisões mais complexas e heterodoxas, desafiando tradicionais compreensões sobre o princípio da separação dos poderes e da democracia, sobretudo no que diz respeito à atuação do Poder Judiciário, razão pela qual o presente trabalho buscou compreender os limites e possibilidades de atuação do referido poder através de uma relação de cooperação entre diferentes atores constitucionais.

Assim, um manejo adequado das decisões estruturantes pode colaborar para mitigar a litigância errática e individualizada e até mesmo contribuir para uma cultura de diálogos institucionais (PORFIRO, 2018, p.172). Todavia, sua implementação é tarefa difícil, visto que objetiva a transformação de uma realidade complexa, que envolve interesses superpostos e contraditórios. Isto porque a prática demonstra, também, que decisões estruturantes só funcionam em determinados contextos político-sociais. Para que não se transformem em uma “*paper victorie*” (BRADLEY e CLARKE, 1976) - declaração puramente simbólica, que não goza de efetividade – é preciso pensar formas coparticipativas de atuação institucional. Os processos estruturais, nesse sentido, são importantes pois estão aptos a “perturbar e abrir instituições públicas que têm falhas crônicas no cumprimento das suas obrigações e que são impermeáveis aos mecanismos habituais de responsividade política” (SABEL e SIMON, 2004, p.1020).

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Ed.). **Processos estru-**

turais. JusPodivm, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **O argumento das” capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo.**Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 38, 2011.

BRADLEY, Valerie; CLARKE, Gary. **Paper Victories and Hard Realities: The Implementation of the Legal and Constitutional Rights of the Mentally Disabled: Selected Papers on the Supreme Court Decision, O’Connor V. Donaldson.** 1976.

BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. **Justicia constitucional y derechos fundamentales.**El control de convencionalidad, v. 3, n. 200, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição.**Rio de Janeiro: Lumen Juris**, 2012.

BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. **Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas em la intervención judicial sobre el derecho a la salud:** In: GARGARELLA, Roberto (Org). Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, *ebook*.

BRINKS, Daniel M.; FORBATH, William. **Social and economic rights in Latin America: Constitutional Courts and the prospects for pro-poor interventions.**Tex. L. Rev., v. 89, 2010.

CABALLERO, Jackeline Saravia; FERNÁNDEZ, Andrea Rodríguez. **Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente.**Prolegómenos. Derechos y Valores, v. 18, n. 35, p. 121-134, 2015.

CARDOSO, Evorah. Pretérito imperfeito da advocacia pela transformação social.**Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 1, p. 543-570, 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional.** Salvador: Juspodium, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.**Consultor jurídico, v. 1, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.**Rio de Janeiro: Forense**, 2014.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. **Judicial activism in a violent context: The origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court.** Wash. U. Global Stud. L. Rev., v. 3, p. 529, 2004.

COOTER, Robert. **The strategic constitution.** Princeton university press, 2002.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Sentencia T-025/04, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, julgada em 22 de janeiro de 2004.

Corte Constitucional, Sentencia T-227 de 1997, MP: Alejandro Martínez Caballero

DALLA, Humberto; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. **As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.** Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 13, n. 13, 2014.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais, direitos fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional.** Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 9, n. 2, p. 155-176, 2016.

DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-153/1998. Magistrado Ponente, 1998.

DUQUE, César. ¿ Por qué un litigio estratégico en Derechos Humanos?. 2014.

*El Tiempo*, “Colombia alcanzó tasa récord de desplazamiento”, 29 de abril de 2003.

FERRAZ, OL Motta. Health inequalities, rights and courts: The social impact of the judicialization of health. **Litigating health rights: Can courts bring more justice to health,** p. 99-100, 2011.

FISS, Owen. **The Forms of Justice** (1979). Harvard Law Review, v. 93, p. 1-58. 1979.

FISS, Owen. **The Law as it Could be.** NYU Press, 2003.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. **Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world.** Cambridge University Press, 2008.

GARGARELLA, Roberto et al. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría**

**Jurídica. Vol. 14, n. 2,(dic. 2013). ISSN: 1851-684X, 2013.**

Haltom, William y Michael McCann. 2004. **Distorting the Law: Politics, Media, and the Litigation Crisis.** Chicago: Chicago University Press.

HIRSCHL, R. How Universal is Comparative Constitutional Law? In: \_\_\_\_\_. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law.** Oxford University Press, 2014, Cap.5, p.193-223.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge, Harvard University Press, 2004.

HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando RNM.**Accountability for social and economic rights in Brazil.** Cambridge University Press, 2008.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement.**Harv. Int'l LJ**, v. 53, p. 189, 2012.

LANGFORD, Malcolm; GARAVITO, César A. Rodríguez; ROSSI, Julieta (Ed.).**La lucha por los derechos sociales: los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento.** Dejusticia, 2017.

LIMA, Flávia Santiago.**Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF.** Juruá Editora, 2014.

MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.).**Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia.** Cambridge University Press, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia.**Direito e Democracia**, 2009.

REBELL, Michael A. Poverty Meaningful Educational Opportunity, and the Necessary Role of the Courts.**NCL Rev.**, v. 85, p.1487-1544, 2007.

ROACH, Kent. The challenges of crafting remedies for violations of socio-economic rights.**Harvard Law Review**, v. 89, p. 1281-1316, 1976.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law review**, v. 89 (7), 2011, p. 1671.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César et al. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales.**Revista Argentina de Teoría Jurídica. Vol. 14, n. 2,(dic. 2013). ISSN: 1851-684X, 2013.**

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César A.; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia.** Dejusticia, 2010.

ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot. **Ottawa L. Rev.**, v. 41, p. 182, 2009.

PERELMAN, Jeremy; YOUNG, Katharine G. Rights as footprints: a New Metaphor for Contemporary human rights practice. **Nw. UJ Int'l Hum. Rts.**, v. 9, p. 27, 2010.

PORFIRO, Camila. **Litígios Estruturais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harv. L. Rev.**, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life.** Clarendon Press, 1991.

SCHLANGER, Margo. (1999). **Beyond the hero judge: Institutional reform litigation as litigation.** Michigan Law Review, v. 97, n.6, p.1994-2036

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and institutions.** Michigan Law Review, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

TUSHNET, Mark. **An essay on rights.** Texas Law Review, v. 62, n. 1363, 1984.

TUSHNET, Mark. A responde to David Landau. **Harvard International Law Journal**, v.53, p.155-164, 2012.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law.** Princeton University Press, 2009.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: Can courts bring about social change?.** University of Chicago Press, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. **Designing democracy: What constitutions do.** Oxford University Press, 2001.

VALLE, Vanice Lírio do. Demandas derivadas e ampliação do núcleo essencial do direito a moradia: Deferência como critério judicial de solução.

**Direitos fundamentais e jurisdição constitucional. 1ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 1, 2016.**

VALLE, Vanice Lírio do. Estado De Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a construção da resposta adequada. **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**, 2016.

VALLE, Lírio et al. **Contestação, persuasão e consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático**. Gramma, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 14, n. 14.2, p. 387-408, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial. **Editora Fórum, Belo Horizonte**, v. 2, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia: a comparative perspective. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 1, 2014.

YEPES, Rodrigo Uprimny. Should courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitutional Court. *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*. Antwerp: Intersentia-Maastricht Centre for Human Rights, p. 355-388, 2006.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. **Sur, Rev. int. direitos human.(Impr.)**, v. 4, n. 6, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El juez constitucional en el siglo XXI**. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, v. 10, p. 249-268, 2008

'Notas de fim'

1 A opção por uma Carta de caráter transformador e com um amplo rol de direitos fundamentais, que encontram na possibilidade de tutela jurisdicional um de seus mecanismos de garantia, demonstra de forma clara o compromisso maximizador pretendido pelo referido documento. Firmou-se, cada vez mais, o entendimento de que a pobreza e a exclusão social eram assuntos de algum modo afetos ao Estado, que abandonou sua postura abstencionista para construir um modelo intervencionista e prestacional.

2 A expressão faz referência a países que adotaram uma espécie peculiar de judicial review, marcadamente comprometido com a efetividade dos direitos fundamentais, mesmo os socioeconômicos. (VALLE, 2016, p.2). Ainda nesse sentido, apesar das críticas

quanto à classificação dos países do “Sul Global” e do “Norte Global”, Ran Hirschl destaca que, em termos geopolíticos, no Norte Global encontram-se: América do Norte, a maior parte da Europa e partes da Oceania (Austrália e Nova Zelândia) e Leste asiático (Japão), enquanto que o Sul Global inclui a África, América Latina e grande parte da Ásia e do Oriente Médio. (HIRSCHL, 2014, p.193-223).

3 Essas decisões são denominadas “sentenças estruturantes” e sua principal característica reside no fato do juiz habilitar-se para definir como devem atuar as autoridades, com o objetivo de garantir o exercício efetivo das normas constitucionais. Em virtude disso, expedem ordens que excedem as coordenadas inter-partes dos casos que originaram a respectiva sentença e apontam como resolver o problema generalizado que foi detectado (FISS, 1979, p.2). Não se exclui da apreciação do presente trabalho os aspectos passíveis de falibilidade no que concerne às decisões estruturantes. Afinal, as referidas decisões podem sofrer resistência em relação ao seu cumprimento espontâneo e até mesmo intervir de modo incisivo na esfera de atribuição dos demais órgãos estatais, inclusive ditando o que o Legislativo e o Executivo devem fazer e como devem fazer (retirando-lhes a convencional autonomia e independência funcional), gerando disfunções sistêmicas e colidindo com os princípios democráticos da separação dos poderes e do Estado Social. Por isso, antes de prosseguir com os argumentos acerca dos limites e possibilidades da atuação jurisdicional, faz-se importante pontuar que ações do tipo estruturante demandam um mínimo grau de respeito pelo demais órgãos estatais e a viabilidade de sua execução, razão pela qual propõe-se uma cultura de complementação e reforço recíproco. Nesse sentido: (VERBIC, 2018, p.62-72).

4 A obra “Interpretation and Institutions” fornece o arcabouço teórico básico para a teoria das capacidades institucionais, que consiste, em suma, num recurso para saber que órgão público reúne as condições necessárias para tomar determinada decisão. Assim, tem-se que determinada instituição – como o Congresso Nacional, as Agências Reguladoras ou até a Presidência da República – pode oferecer uma melhor resposta a determinado problema do que o Poder Judiciário, possuindo, dessa forma, “maior capacidade institucional”, em virtude de sua expertise técnica e com sua habilidade para lidar com o elemento político envolvido. Em outros casos, entretanto, uma atuação mais proativa por parte dos juizes mostrar-se-á mais interessante para a concretização de alguns direitos, como na efetividade do mínimo existencial, na salvaguarda dos direitos dos grupos vulnerabilizados e na aplicação das normas constitucionais que definem patamares mínimos de investimento em saúde e educação. Em suma, a teoria permite analisar os limites e as capacidades do Poder Judiciário no exercício de suas funções, isoladamente ou comparado a outras instituições, pois joga luzes sobre aquela instituição dotada de maior capacidade para interpretar um texto normativo e melhor concretizar um determinado direito.

5 Quem decide – análise interinstitucional - (que instituição pode dar a melhor resposta) e como decide – análise intrainstitucional - (limites da decisão judicial). “[a]n agent who says, ‘This is not my job’, is not necessarily abdicating responsibility. One form of taking responsibility consists in taking the responsibility for leaving certain responsibilities to others” (SCHAUER, 1991, p.162)

6 Entende-se que as escolhas do Poder Judiciário não se dão num vazio institucional. Nesse sentido: “Quando criam ou tendem a criar tensões interinstitucionais, elas devem ser apreciadas relativamente aos méritos e deméritos das outras instituições também capazes de oferecer respostas para esses problemas” (ARGUELHES e LEAL, 2011, p.14.)

7 “(...) Is it useful, or even possible, to evaluate institutional variables without agreeing on a first-best theory? (...) Our minimal response to these questions is that without institutional analysis first-best accounts cannot yield any sensible conclusions about interpretive rules. It is impossible to derive interpretive rules directly from first-best principles, without answering second-best questions about institutional performance. Consider an analogy. In economics, the idea of second best demonstrates that

if perfect efficiency cannot be obtained, efficiency is not necessarily maximized by approximating the first-best efficiency conditions as closely as possible; the second-best outcome might, in principle, be obtained by departing from the first-best conditions in other respects as well. So too, if an imperfect judge knows he will fall short of the standard of perfection defined by the reigning first-best account of interpretation, it is by no means clear that he should attempt to approximate or approach that standard as closely as possible.” (SUNSTEIN e VERMEULE, 2003, p.23). Os autores fazem uma analogia com o pensamento econômico e dispõem que, se em determinadas circunstâncias, não é possível atingir o estado de coisas mais eficiente, a máxima eficiência possível não será obrigatoriamente atingida se tiver-se o estado “inatingível” como um “ideal regulatório” e pautar-se por ele. O resultado pode até ser inferior ao da adoção da estratégia que, embora em condições ideais não fosse capaz de promover a eficácia de forma tão intensa, em condições reais funciona melhor do que a estratégia “first-best”.

8 O presente trabalho admite a interferência judicial para garantir o mínimo existencial (garantir as condições mínimas de vida digna e a possibilidade real e efetiva de participação na esfera pública de deliberação), os direitos fundamentais dos grupos vulnerabilizados (controlar aspectos financeiros das políticas públicas quando a efetividade de direitos fundamentais das minorias excluídas do processo político estiver em jogo) e assegurar o cumprimento das normas constitucionais que fixam os patamares mínimos de investimentos em questões relativas a direitos sociais (moradia, saúde, educação, etc.).

9 Os debates que reivindicam o papel dos juízes no controle de políticas públicas têm surgido, em boa parte, como resposta a críticas que influentes setores jurídicos e políticos têm formulado contra o ativismo judicial favorável à efetivação de direitos. As críticas têm sido suscitadas em círculos acadêmicos e políticos muito diversos: algumas são provenientes de acadêmicos progressistas e favoráveis à realização dos direitos constitucionais, mas que preocupam-se com seus possíveis efeitos antidemocráticos (Tushnet 2008 e Waldron 2011), e outras de juristas e economistas que defendem uma visão restritiva/conservadora do direito, e que dirigem seus argumentos críticos contra a justiciabilidade dos direitos constitucionais e transformações sociais através da via judicial.

10 Rodrigo Uprimny propõe que os juízes constitucionais gozam de legitimidade democrática substancial, pois asseguram os “direitos fundamentais e protegem a continuidade e a imparcialidade do processo democrático”. (YEPES, 2007, p.66)

11 Um exemplo de decisão cujo efeito simbólico foi de grande valia é Brown v. Board of Education. Apesar de ter sido proferida em 1954, não conseguiu eliminar de imediato a segregação racial nas escolas norte-americanas, de forma que até meados da década de 1960, a realidade segregacionista ainda era fortemente presente. Não obstante, produziu efeitos simbólicos e práticos de longo prazo que deram ensejo ao fim da segregação racial nas escolas dos Estados Unidos e também auxiliaram a impulsionar o movimento dos direitos civis dos negros no país (FISS, 1979, p.2)

12 Ao tratar da temática, Garavito dispõe que decisões judiciais podem produzir efeitos materiais ou simbólicos. A primeira categoria se refere às mudanças tangíveis na conduta dos grupos ou indivíduos. Os segundos, por sua vez, exercem impacto sobre as ideias, sobre as percepções e as concepções sociais coletivas relativas à matéria objeto de litígio. Em termos de teoria social, dessa forma, implicam modificações culturais ou ideológicas com respeito ao problema suscitado pelo caso. (GARAVITO et al., 2013, p.3)

13 Nesse sentido, alerta Landau: “Protecting social and economic rights is expensive. Moreover, while negative injunctions and individualized remedies could likely enforce some kinds of social rights, the enforcement of many kinds of rights are likely to require the creation of new programs. These tasks are difficult for courts to perform, and they may refuse to perform them because of a perceived lack of capacity or legitimacy.”(LANDAU, 2012, p.189)

14 “In very general terms, however, the experiences of the various countries indicate that the courts are most engaged and most effective when they act in dialogue with political, bureaucratic, and civil society actors. Public interest litigation arises when (a)

the existing policy infrastructure fails to provide answers to deeply felt needs and (b) the courts appear as an even minimally viable mechanism for pressing claims.” (GAURI e BRINKS, 2008, p.306).

15 “A maior parte da concretização dos direitos sociais por via jurisdicional não se volta para a proteção dos mais pobres, e sim para grupos economicamente favorecidos” (Landau, 2012, p.191)

16 Landau aponta que a litigância individual por direitos sociais é uma tendência no Brasil (e em outros países), o que acaba gerando consequências controversas no tocante à justiça distributiva. Corroborando esse entendimento, destacam-se os estudos realizados por Florian Hoffmann e Fernando Bentes, demonstrando que os tribunais brasileiros têm sido mais abertos a demandas individuais por direitos sociais e muito menos dispostos a aceitar demandas coletivas e o estudo realizado por Octavio L. Motta Ferraz dispõe que “todos os estudos realizados no Brasil até hoje concluem que a grande maioria dos casos envolve demandas individuais (casos trazidos por um único reclamante) e não demandas coletivas (ações ajuizadas por agentes públicos ou ONGs em favor de grandes grupos)”. Para um maior aprofundamento, ler, respectivamente: LANDAU, 2012, p.189; HOFFMANN e BENTES, 2008, p.142-143 e FERRAZ, 2011, p.99-100. Importante ressaltar que o presente trabalho não defende que as ações coletivas devam substituir as ações individuais. Coaduna-se com o entendimento de Ingo Sarlet no sentido de que essas ações devem atuar em um processo de recíproca complementação e reforço. Assim, quando a omissão legislativa e administrativa for aguda e prolongada, decisões coletivas, como as do tipo estruturante, podem ser interessantes para assegurar uma solução mais coesa e sistêmica. No entanto, tendo em vista sua longa duração e a possibilidade de resistência espontânea ao seu cumprimento, processos do tipo estrutural não podem afastar demandas pontuais para correção dos problemas mais emergenciais existentes. (SARLET, 2017, p.230).

17 Faz-se importante salientar que a CCC exercer controle misto de constitucionalidade das leis. O controle abstrato é exercido por meio das acciones públicas, que podem ser propostas perante a Corte por qualquer cidadão, e o controle abstrato é exercido por meio das acciones de tutela (que surgiram com a Constituição de 1991), propostas pelos cidadãos com o intuito de defender determinado direito constitucional.(CAMPOS, 2014, p.122).

18 Acerca do Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Constitucional Colombiana, na Sentencia T-153/1998 (p.17), pronunciou-se dispondo que: “Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general –en tanto que afectan a multitud de personas–, y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.” Ainda nesse sentido, na Sentencia T-025/04 (p.15): “Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las

personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”.

19 Não obstante a crítica já trabalhada acerca dos riscos relativos ao ativismo judicial, ressalta-se a necessidade de, ao realizarem intervenções estruturais as Cortes Constitucionais atuem sob um viés dialógico, de forma a aumentar a proteção de direitos fundamentais e sociais sem deixar de observar o equilíbrio institucional para essa tarefa. (CAMPOS, 2016, p.121)

20 Faz-se interessante salientar que nem sempre a violação massiva a direitos fundamentais decorre da ausência de políticas públicas, mas sim da relutância ou dos intentos fracassados de implementá-las. A situação dos deslocados internos é um exemplo disso, pois apesar da Lei 3.057 de 1997 contemplar medidas para a prevenção, cuidado e estabilização econômica da população deslocada, esses esforços não saíram do papel até a prolação da Sentença T-025/04. Nesse sentido ver: SABEL e SIMON, 2003, p.1016). Ainda nesse seguimento, em entrevista com Marco Romero, diretor (na época) da Codhes (Consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento), constatou-se que: “Los procesos de política pública preexistentes a la sentencia T-025 eran absolutamente precarios. Hasta ese momento había documentos Conpes, y cosas así muy genéricas, [pero] no había una política pública. Digamos que buena parte de las políticas que hoy existen son gracias a esa sentencia. La ley 387 fue la base para reconocer el desplazamiento por parte de Estado, pero evidentemente el salto cualitativo más importante que se ha dado en la política pública es la sentencia [...] Casi no hay un programa importante hoy que no sea producto de la sentencia T-025, por el hecho que antes de la sentencia T-025 solo había una atención parcial de ayuda humanitaria.” (GARAVITO e FRANCO, 2010, p.42)

21 Na Sentencia T-025/04 (p.1) a Corte dispôs: “Dada la condición de extrema vulnerabilidad de la población desplazada, no sólo por el hecho mismo del desplazamiento, sino también porque en la mayor parte de los casos se trata de personas especialmente protegidas por la Constitución –tales como mujeres cabeza de familia, menores de edad, minorías étnicas y personas de la tercera edad, la exigencia de presentar directamente o a través de abogado las acciones de tutela para la protección de sus derechos, resulta excesivamente onerosa para estas personas.”

22 “Los demandantes interpusieron acción de tutela contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los Ministerios de Salud y del Trabajo y Seguridad Social (hoy Ministerio de Protección Social), el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, así como contra varias administraciones municipales y departamentales, por considerar que dichas autoridades no estaban cumpliendo con su misión de protección a la población desplazada y por la falta de respuesta efectiva a sus solicitudes en materia de vivienda y acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria.” (COLOMBIA, 2004, p.9)

23 “El patrón de violación de los derechos de la población desplazada ha persistido en el tiempo, sin que las autoridades competentes hayan adoptado los correctivos suficientes para superar esas violaciones, y sin que las soluciones puntuales ordenadas por la Corte frente a las violaciones detectadas en las sentencias dictadas hasta el momento, hayan contribuido a impedir la reincidencia de las autoridades demandadas en tutela. Inclusive, se ha llegado a agravar la situación de afectación de los derechos de la población desplazada ante la exigencia impuesta por algunos funcionarios de la interposición de acciones de tutela como requisito previo para que las autoridades encargadas de su atención cumplan con sus deberes de protección.” (COLOMBIA, 2004, p.1)

24 “La raíz de los reclamos de los demandantes era el incumplimiento del Estado de su deber de protección a la población desplazada y respuestas efectivas a sus solicitudes. Como quedó claro en los hechos de la sentencia, cuando las víctimas del desplazamiento solicitaban la ayuda a la que tenían derecho en virtud de la Ley 387 de 1997, recibían como respuesta todo tipo de excusas por parte de las autoridades. Entre las

respuestas comunes estaban que la entidad no era competente porque ella sólo tenía funciones de coordinación, que no había disponibilidad presupuestal, que la ayuda humanitaria era por sólo tres meses y excepcionalmente se prorrogaba por otros tres meses, que la entidad encargada se encontraba en liquidación, que existía un error en la solicitud o que el programa de auxilios para vivienda estaba suspendido por falta de disponibilidad presupuestal.” (GARAVITO e FRANCO, 2010, p.85).

25 “La mayoría de órdenes en esta fase inicial estaba redactada en términos generales. Ordenaban el diseño, la implementación y la aplicación de una estrategia para superar cuellos de botella puntuales de la política pública, pero no entraban a determinar el contenido específico de cada política o el número mínimo de programas necesarios.” (GARAVITO e FRANCO, 2010, p.86)

26 Nesse seguimento, Owen Fiss afirma que a efetividade das decisões estruturais só pode ser garantida através de uma jurisdição supervisora contínua e constante. “In some instances, where deinstitutionalization is conceivable, as in the mental health field, closing the institution may be a viable option. For the most part, in cases involving schools, prisons, welfare agencies, police departments, and housing authorities, for example, that option is not available. Then the remedy involves the court in nothing less than the reorganization of an ongoing institution, so as to remove the threat it poses to constitutional values. The court’s jurisdiction will last as long as the threat persists.” (FISS, 1979, p. 28).

27 No weak-form review, os tribunais afirmam a necessidade de elaboração de certa política pública destinada a impedir violações de direitos fundamentais, mas deixam de adentrar no mérito administrativo e não designam especificadamente de que forma tal política deve ser concretizada. (TUSHNET, 2009).

