

A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil

The ADPF 347 and the “Unconstitutional State of Affairs”: dialogic activism and democratization of the control of constitutionality in Brazil

Katya Kozicki *

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba-PR, Brasil

Bianca Maruszczak Schneider Van Der Broecke **

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba-PR, Brasil

1. Introdução

Recentemente restou declarado pelo Supremo Tribunal Federal o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro, quando da análise da medida cautelar suscitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/2015. Referido instituto, originário da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, tem sido empregado nesse país para a solução de demandas que visam dar efetividade a direitos fundamentais constitucionalmente previstos, por meio da atuação coordenada de diversos atores políticos, a partir da adoção de “medidas estruturais”.

* Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e professora associada da Universidade Federal do Paraná. Doutora em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Mestra em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993). Graduada em Ciências Econômicas pela Faculdade Católica de Administração e Economia (1998). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1986).

** Doutoranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade na PUC-PR, bolsista CAPES/PROEX. Mestra em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes (2007). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Curitiba (2003).

O emprego desse novo tipo de mecanismo procedimental faz parte de uma tendência observada tanto em países da América Latina, como em outras nações em desenvolvimento, que tem como pano de fundo uma intervenção judicial criativa em casos que se ocupam de violações generalizadas dos direitos econômicos, sociais e culturais, denominados de “litígios estruturais”. Contudo, a origem desse modelo de ativismo judicial remonta ao julgamento do emblemático caso *Brown v. Board of Education* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em que, diante do persistente descumprimento da sentença que punha fim à segregação racial nas escolas públicas da região sul, foi proferida nova decisão (*Brown II*), contendo ordens estruturais para a reforma em larga escala das instituições que se encontravam em mau funcionamento, a partir do pressuposto de uma relação de colaboração entre as esferas de poder envolvidas.

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

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

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

consequente fiscalização da efetivação de medidas estruturais condizentes com a salvaguarda dos direitos fundamentais violados.

Diante desse quadro, a questão que se coloca no presente artigo é se existem meios processuais adequados no sistema jurídico brasileiro para a adoção de um modelo dialógico pelo Supremo Tribunal Federal, que priorize a deliberação pública, na superação do “Estado de Coisas Inconstitucional” arguido e reconhecido na ADPF 347, em prol de um constitucionalismo democrático.

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

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

No segundo tópico do artigo, passa-se à análise do emprego da declaração do ECI pela Corte Constitucional da Colômbia, que tem papel de destaque no desenvolvimento de uma jurisprudência ativista na América Latina, principalmente no que tange à concretização dos direitos sociais, sendo um dos componentes para esse avanço em prol do desenvolvimento social colombiano, a atuação desse tribunal em litígios estruturais. Nessa toada, apresenta-se como razões para o seu sucesso na *sentencia* T-025/2004, a promoção da prática dialógica entre os ramos do Poder, bem como o processo de monitoramento contínuo do cumprimento da sentença com o favorecimento do debate a uma ampla variedade de atores governamentais

e não governamentais sobre os procedimentos a serem adotados e a implementação das políticas públicas para concretização dos direitos sociais envolvidos, que têm como paradigma um “constitucionalismo dialógico”, associado a um concepção de democracia deliberativa.

Partindo-se dessas premissas, no terceiro tópico intenta-se demonstrar os pontos de convergência entre o “novo constitucionalismo latino-americano”, no qual o ECI se insere, e o constitucionalismo democrático, no que tange à deliberação pública na tomada de decisão. Este modelo preza o papel essencial que a participação popular exerce direcionando e legitimando os institutos e práticas do controle judicial de constitucionalidade.

E, por fim, no quarto tópico, expõem-se as nuances da recente declaração de ECI do sistema carcerário brasileiro no bojo da ADPF 347/20015, em que até o momento só houve decisão em sede de cautelar, para então adentrar-se na análise da atuação do STF em outros casos em que houve audiências públicas. Embora haja uma tendência de promoção do diálogo, inaugurada com a Audiência Pública convocada no caso da Lei de Biossegurança, atualmente trata-se este mecanismo de participação popular como expediente meramente informativo, nos termos da sua previsão legal.

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

2. Litígios estruturais e a concretização de direitos fundamentais

Um dos desdobramentos mais significativos do período pós Segunda Guerra Mundial, observado nos governos democráticos do fim do século XX e início do século XXI, em inúmeros países, é a expansão da atuação do Poder Judiciário em detrimento das esferas representativas do Estado, por meio do fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade, o que tem resultado no desempenho de um papel cada vez mais preponderante por parte das Cortes Superiores na tomada de decisões políticas, em

oposição à autocontenção, enquanto forma consagrada de atuação. Aliada a este modelo de empoderamento judicial, vislumbra-se uma nova noção de democracia, vinculada à proteção de direitos e liberdades fundamentais e sua consequente constitucionalização, numa tentativa de salvaguardar indivíduos e grupos vulneráveis da potencial tirania da maioria.¹

Como pontua Ran Hirschl, tais mudanças, observadas como uma tendência global após as Segunda Guerra Mundial, foram empreendidas em países como Japão, Itália, França e Alemanha, enquanto subproduto da reconstrução política. Na Índia, assim como em outras antigas colônias britânicas, foram parte do processo de descolonização. Já em países como a África do Sul, Grécia, Portugal e Espanha, bem como na maior parte da América Latina, a constitucionalização de direitos e o estabelecimento do controle judicial de constitucionalidade advieram da transição de regimes semidemocráticos ou autoritários para democracias.²

Em países pós-comunistas e pós-soviéticos como Polônia, Hungria e Rússia, foram parte da transição tanto para um modelo de democracia ocidental, como para o de uma economia de mercado. Em outros casos, deram-se no cenário da incorporação de normas legais internacionais aos sistemas jurídicos domésticos, como ocorreu com a introdução da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos na Dinamarca, na Suécia e na Grã-Bretanha. E, em países como Nova Zelândia, Israel e Canadá, as reformas constitucionais e o correspondente estabelecimento de um controle judicial ativo de constitucionalidade não se deram como resultado aparente de alguma mudança fundamental nos regimes políticos ou econômicos³.

Na América Latina o constitucionalismo do final do século XX foi resultado da crise política e de direitos humanos decorrente das ditaduras dos anos sessenta e setenta, bem como da crise econômica relacionada com a implementação dos programas de ajuste estrutural característicos da década de noventa. E, em linhas gerais, as novas Constituições fortaleceram os compromissos sociais dos documentos anteriores, ao mesmo tempo em que mantiveram a tradicional estrutura de poder verticalizada, mediante sistemas presidencialistas fortes. Além disso, muitos países da região como Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile e El Salvador outorgaram

1 ELY, 2010, p. 12.

2 HIRSCHL, 2007, p. 7.

3 HIRSCHL, 2007, p. 8.

um status legal especial aos diferentes compromissos internacionais por eles assumidos em matéria de direitos humanos, a fim de assegurar maior proteção aos direitos afetados pelos governos autoritários recentes.⁴

Nesse contexto e diante da necessidade de se atender às crescentes demandas sociais, antes ignoradas, de uma classe trabalhadora cada vez mais forte e organizada, as Constituições latino-americanas começam a anexar novas preocupações sociais à velha matriz liberal-conservadora, introduzindo um novo constitucionalismo com “perfil social em matéria de derechos, pero todavia demasiado conservador em matéria de organización del poder”.⁵

Partindo da premissa de que as reformas operadas na seção dos direitos exercem influências na seção dedicada à distribuição de poder entre os distintos ramos do governo, entende Roberto Gargarella⁶, que uma das implicações da introdução dos direitos sociais nas Constituições latino-americanas, foi a transferência de poderes adicionais ao Judiciário, cujos membros passaram a ter a faculdade de tomar medidas ativas na implementação desses direitos constitucionais, quando demandados.

Embora a previsão desses direitos nas novas Constituições latino-americanas não tenha significado a sua conversão de pronto em realidade, o seu reconhecimento dotou de legitimidade a sua reivindicação. Por conseguinte, como aponta o autor argentino, tais cláusulas constitucionais que antes se encontravam adormecidas, consideradas como direitos “meramente programáticos”, começaram a despertar do seu longo sono no final do século XX e “fueron ganando vida propia, mediante una paulatina erosión de las barreras que enfrentaban para tornarse efectivas”⁷.

A assunção de uma posição de destaque dos direitos fundamentais de segunda dimensão nos textos constitucionais, visando atribuir aos poderes constituídos comportamento ativo na realização da justiça social, representou uma mudança no paradigma jurídico do Estado liberal, a partir da modificação da postura estatal abstencionista para o enfoque prestacional, no sentido da concretização desses direitos por meio das políticas públicas e da consequente intervenção do Estado na vida econômica e social.⁸

4 GARGARELLA, 2014a, pp. 270-274.

5 GARGARELLA, 2014a, pp. 201-202.

6 GARGARELLA, 2014a, pp. 252

7 GARGARELLA; COURTIS, 2009, p. 33.

8 BUCCI, 2006, pp. 3-4.

Destarte, em situações em que estas políticas estatais não se concretizam de forma plena e satisfatória, ou seja, quando os Poderes Legislativo e Executivo não são capazes de implementar os direitos econômicos, sociais e culturais constitucionalmente previstos, verifica-se a possibilidade de demandar judicialmente a efetivação desses direitos, e nesta atuação das Cortes se põe em evidência a dimensão política da jurisdição constitucional. O Poder Judiciário passa a ter uma atribuição residual em matéria de políticas públicas, devendo intervir em caso de omissão ou contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação dos direitos sociais.⁹

As decisões para a efetivação e implementação desses direitos, além de caracterizarem-se pela gradualidade de seu processo de concreção, mostram-se, muitas vezes, dependentes das possibilidades orçamentárias dos Estados e da respectiva conjuntura política e tais dificuldades acabam por apontar “para a necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico, além da revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais”.¹⁰

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

A adoção de um catálogo constitucional de direitos e o fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade trouxeram como consequência a judicialização da política no país, passando algumas questões de grande repercussão política ou social a serem levadas ao Poder Judiciário e não ao

9 CANELA, 2011, p. 148.

10 SARLET, 2011, p. 54.

Estado-Legislador ou ao Estado-Administração, enquanto representantes eleitos do povo. Imposição da “fidelidade partidária” aos parlamentares, validade e aplicabilidade da “Lei da Ficha-Limpa”, greve do servidor público, demarcação de terras indígenas, autorização de pesquisas e tratamentos médicos com células-tronco embrionárias, casamento de pessoas do mesmo sexo, além da descriminalização do aborto de fetos anencefálicos, são alguns exemplos de atuação do STF sobre terreno em que deveria ter atuado o Estado-Legislador e a Administração, ambos legitimados pelos princípios formais da democracia.

Diante deste quadro de expansão do papel do judiciário verifica-se uma mudança de comportamento por parte dos agentes judiciais, no sentido de atuarem com uma maior autonomia no processo de tomada de decisão¹¹, mediante “interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais, interferências nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo e preenchendo vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes”¹², o que se entende por “ativismo judicial”.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, esse protagonismo institucional por parte das Cortes Constitucionais e Supremas, verificado em várias partes do mundo, manifesta-se por diferentes dimensões, bem como sofre influência de múltiplos fatores de natureza política, institucional, social e jurídico-cultural, sendo por ele assim definido:

Exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.¹³

Dentre as diferentes dimensões do ativismo judicial do STF, aponta o autor como dimensão processual aquela em que o tribunal amplia a própria participação na construção da ordem jurídica a partir da amplificação

11 KOENER, 2013, p. 71.

12 CAMPOS, 2014, p. 354.

13 CAMPOS, 2014, p. 348-349.

dos instrumentos processuais, como as hipóteses de cabimento das ações e dos recursos, bem como os efeitos das decisões.¹⁴ E, como dimensão de direitos, descreve a atuação da Corte para exigir do Estado o respeito e a realização de direitos fundamentais, impondo-lhe deveres negativos e positivos de atuação. Nessa última perspectiva, prestacional, insere-se a interferência do STF na formulação e execução de políticas públicas, para assegurar a validade concreta de direitos sociais e econômicos.¹⁵

É nesse contexto que recentemente o STF declarou o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema carcerário brasileiro, abrindo as portas para a aplicabilidade de um novo mecanismo procedimental, que pressupõe a adoção de “medidas estruturais”¹⁶, a fim de dar efetividade a direitos fundamentais constitucionalmente previstos, por meio da atuação coordenada de diversos atores políticos. Essa nova classe de ativismo judicial faz parte de uma tendência incipiente em países da América Latina e em outras nações em desenvolvimento, podendo ser ilustrada pela intervenção judicial em casos que se ocupam de violações generalizadas dos direitos econômicos, sociais e culturais¹⁷, denominados de “litígios estruturais”.¹⁸ Conforme leciona César Rodríguez Garavito, estas ações se caracterizam por:

Afectar a un gran número de personas que denuncian la violación de sus derechos, por sí mismas o mediante organizaciones que presentan demandas judiciales en su nombre; b) involucrar a vários organismos y departamentos del Estado, que se consideran responsables de las persistentes fallas de política pública que contribuyen a la violación de esos derechos, y c) llevar aparejadas medidas estructurales, por ejemplo, órdenes de cumplimiento inmediato en las que se instruye a diversos organismos administrativos para que tomen acciones coordinadas a fin de proteger a toda la población afectada y no sólo a los denunciantes específicos del caso.¹⁹

14 CAMPOS, 2014, p. 356.

15 CAMPOS, 2015a, p. 357-358.

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

17 GARAVITO, 2014, p. 213.

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

19 GARAVITO, 2014, p. 213.

Essa nova classe de tutela processual foi pioneiramente identificada e descrita em 1979, por Owen M. Fiss, que a partir da análise do provimento mandamental (*injunction*) proferido em 1955 no caso *Brown versus Board of Education II*, apontou um novo tipo de *Civil Rights Injunction*, a por ele denominada *structural injunction*.²⁰

Em 17 de maio de 1954, no caso *Brown versus Board of Education*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a segregação racial no sistema público de ensino do Sul inferiorizava os negros e feria a *Equal Protection Clause* contida na Décima Quarta Emenda à Constituição. Referida decisão objetivava o fim do Apartheid e foi emblemática na jurisdição constitucional norte-americana por se filiar a um ativismo judicial considerado progressista, a partir de uma interpretação desta cláusula de proteção no sentido de uma igualdade procedimental e também substancial, a ser norteadas por ações afirmativas em busca da invalidação das consequências prejudiciais da dominação hierárquica de alguns grupos sociais sobre outros.²¹

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

Full implementation of these constitutional principles may require solution of varied local school problems. School authorities have the primary responsibility for elucidating, assessing, and solving these problems; courts will have to consider whether the action of school authorities constitutes good faith implementation of the governing constitutional principles (...).²²

Como aponta Robert Cover, as Cortes federais distritais foram transformadas em entidades quase-administrativas para supervisionar o fim da segregação nas escolas e outras tarefas ocasionais envolvidas no desman-

20 FISS, 1978, pp. 9-10.

21 WEST, 1990, p. 693-695.

22 Disponível em: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/BrownII.html><http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/cnlaw/BrownII.html>. Acesso em: 22/06/2016.

telamento do Apartheid, o que “may appear from one perspective to have been a radical institutional step at the borderland of legitimacy, and surely it did change the courts and their relations to their milieu”.²³ Mas, partindo de outra perspectiva, considera o autor ter sido a opção menos intrusiva, tendo se concretizado aos poucos, ao longo de um período de tempo e com diferentes velocidades de Estado para Estado, município para município e distrito escolar para distrito escolar. Segundo ele:

Any legislatively imposed program creating or extending the administrative apparatus necessary for success would have been quicker, less sensitive to variations, and overwhelmingly coercitive. When legislative programs finally did come, long after the ground had been broken and the wrost shocks absorbed by the judiciary, they were more prevasive, evenhanded, and effective than the courts had been.²⁴

Para Fiss, as ordens estruturais originadas deste tipo de litígio consubstanciam-se em um dos legados mais importantes da defesa dos *civil rights* norte-americanos em juízo, sendo o seu propósito a reorganização de uma instituição social a fim de evitar que uma ilegalidade se repita.²⁵ Além disso, devem ser entendidas como precursoras de um relacionamento entre a Suprema Corte e os entes governamentais²⁶, visto que a emissão de uma decisão dessa natureza significa menos um ato coercitivo, um comando, e mais um ato de colaboração, consubstanciado na declaração de que, doravante, “the Court will direct or manage the reconstruction of the social institution, in order to bring it into conformity with the Constitution”.²⁷

Como pontua o autor norte-americano, tais litígios estruturais inovam ao ocasionar uma mudança de postura do juiz, bem como uma relação de longa duração entre ele e a instituição envolvida, mediante uma série de intervenções, seja aprimorando a especificidade ou modificando as deci-

23 COVER, 1982, p. 46.

24 COVER, 1982, p. 47.

25 FISS, 1978, pp. 11-12.

26 Conforme destaca Owen M. Fiss (1978, p. 10-11), a partir da experiência com o fim da segregação racial no sistema público de ensino, as Cortes se atentaram para a reorganização estrutural de outras instituições que operavam de forma a violar a Constituição, como hospitais psiquiátricos e prisões, para a proteção do direito contra punições cruéis e desumanas, bem como do direito ao tratamento médico-hospitalar adequado.

27 FISS, 1978, pp. 36-37.

sões previamente emitidas, seja convidando ou permitindo a participação de *amici curiae*, ou mesmo incentivando a criação de novas agências para ajudar no controle do cumprimento da decisão judicial.²⁸

Ademais, o propósito preponderante transformador inerente às sentenças estruturais se justifica diante da especial natureza substantiva da reivindicação, qual seja, a sistemática negação de direitos fundamentais a um determinado grupo social. Nesse sentido, esclarece Fiss que “procedure is not independent of substance. In the context of injunctive remedies, and perhaps other contexts as well, the civil rights era teaches that procedure is, and should be, ineluctably tied to the merits and nature of the underlying substantive claim”.²⁹

Contemporaneamente, esse modelo de ativismo judicial tem sido observado em países como África do Sul, Índia, Argentina e Colômbia, onde as Cortes Constitucionais tem vislumbrado a necessidade de adoção de uma nova postura procedimental a fim de dar efetividade a direitos fundamentais de segunda dimensão.

Em relação ao Brasil, a recente “migração constitucional”³⁰ do procedimento adotado pela Corte colombiana em litígios estruturais, a partir da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário pelo Supremo Tribunal Federal, pressupõe uma intervenção judicial por meio de práticas dialógicas, que originem a emissão de ordens flexíveis e a retenção de jurisdição para o monitoramento do cumprimento da decisão, a fim de promover a efetiva reforma dos conjuntos instrumentais-governamentais envolvidos na violação massiva e sistemática de direitos fundamentais e, também, como acréscimo a deliberação democrática.

3. O Estado de Coisas Inconstitucional na jurisprudência colombiana

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional em sede de controle judicial de constitucionalidade pela Corte colombiana traz a lume a relevância pública que o ativismo judicial com relação aos direitos econômicos,

28 FISS, 1978, pp. 92-93.

29 FISS, 1978, pp. 97.

30 Aqui utilizando o conceito de Virgílio Afonso da Silva (2010, pp. 519-524), no sentido da migração (ou “empréstimo”) de ideias constitucionais, que propicia a integração horizontal entre ordens jurídicas nacionais, por meio do diálogo entre tribunais, ou seja, do livre comércio de experiências, ideias, teorias.

sociais e culturais tem adquirido nas últimas décadas na América Latina³¹, inserindo-se no quadro das novas conformações decorrentes da mudança da forma de se pensar a Constituição na região. A série de reformas constitucionais promovidas em boa parte desses países desde o final do século XX, a que se dá o nome de “novo constitucionalismo latino-americano”, deu origem a novas Constituições que além de fortalecerem os compromissos sociais, a partir da incorporação de largas listas de direitos sociais, econômicos e culturais, introduziram cláusulas de participação popular.³²

Como aponta Rodrigo Uprimny³³, a partir da metade da década de oitenta a América Latina vivenciou um intenso período de mudanças constitucionais, tendo quase todos os países ou adotado uma nova Constituição (Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Paraguai em 1993, Equador em 1998 e em 2008, Peru em 1993, Venezuela em 1999, e Bolívia em 2009, dentre outros) ou introduzido alterações importantes nas Constituições já existentes (Argentina em 1994, México em 1992 e Costa Rica em 1989).

Tendo em conta as desigualdades sociais e econômicas que afetavam e ainda hoje afetam a região, bem como da ausência de identidade entre os interesses dos representantes políticos e os representados, e a necessidade de melhora das condições de vida que, “em xeral, em América Latina non cumpren coas expectativas esperadas nos tempos actuais”³⁴, a maioria dessas reformas compartilha alguns pontos em comum. Nesse sentido, menciona-se o reconhecimento da diversidade étnica e cultural e da igualdade entre as diferentes religiões, incluindo as indígenas; a abertura ao direito internacional dos direitos humanos; e a proteção especial a grupos tradicionalmente discriminados, tendo muitas constituições expressado um forte compromisso com a igualdade, não só a partir da proibição da discriminação com base na raça, sexo, e outros fatores, mas também por meio da previsão de políticas de ação afirmativa especiais para tornar a igualdade real e eficaz.³⁵

Praticamente todas as nações latino-americanas foram bastante gerosas no reconhecimento constitucional de direitos aos seus cidadãos, por

31 GARAVITO, 2014, p. 214.

32 GARGARELLA, 2014a, pp. 281-283.

33 UPRIMNY, 2011, p. 1587.

34 DALMAU, 2008, p. 8.

35 UPRIMNY, 2011, pp. 1590-1591.

meio da incorporação dos direitos civis e políticos, bem como do estabelecimento de uma larga lista de direitos econômicos, sociais e culturais, no escopo de colocar o Estado a serviço da construção da igualdade e da justiça social. No intento de assegurar que tais direitos fundamentais teriam efeitos práticos em vez de ser meramente retórica, além de fortalecerem a jurisdição constitucional, muitas reformas criaram formas de proteção judicial direta, como a *acción de tutela*³⁶ prevista na Constituição Colombiana de 1991.³⁷

A Corte Constitucional da Colômbia tem papel de destaque no desenvolvimento de uma jurisprudência ativista na América Latina, principalmente no que tange à concretização dos direitos sociais, a partir da ampla possibilidade de acesso a sua jurisdição por meio da referida *acción de tutela*, que pode ser proposta por qualquer cidadão para a defesa dos seus direitos constitucionais fundamentais, quando estes resultem ameaçados ou violados por ação ou omissão de qualquer autoridade pública.³⁸

Como anota Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a Corte tem empregado uma interpretação criativa da Constituição “para dar conta da relevância em preservar os comandos constitucionais diante da realidade socioeconômica do país e, assim, garantir as liberdades individuais, reduzir as desigualdades sociais e proteger minorias vulneráveis e marginalizadas”.³⁹

Um dos componentes para o avanço dos direitos fundamentais em prol do desenvolvimento social dos colombianos foi o ativismo da Corte em litígios estruturais, por meio da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Este mecanismo procedimental passou a ser utilizado pela

36 No título II da Constituição Colombiana encontram-se estabelecidos os direitos fundamentais (políticos e civis), os direitos sociais, econômicos e culturais, e os direitos coletivos e do meio ambiente, bem como os mecanismos de proteção e aplicação desses direitos, dentre os quais há a previsão da ação de tutela, nos seguintes termos:

“ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

37 UPRIMNY, 2011, p. 1593.

38 CAMPOS, 2014, pp. 122-123.

39 CAMPOS, 2014, p. 124.

jurisprudência constitucional da Colômbia a partir da constatação da existência de um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais (ações ou omissões persistentes por parte do Poder Público), cuja superação somente é possível mediante a adoção de um conjunto coordenado de medidas governamentais de natureza legislativa, executiva, administrativa e orçamentária, ou seja, de políticas públicas que envolvam uma pluralidade de atores públicos. Conforme conceitua Luis Carlos Alzate Ríos:

El Estado de Cosas Inconstitucional, es un conjunto de hechos, acciones u omisiones que dan como resultado una violación masiva de los derechos fundamentales. Estos hechos pueden emanar de una autoridad pública específica que vulnera de manera constante los derechos fundamentales, o de un problema estructural que no sólo compromete una autoridad en particular sino que incluye consigo la organización y funcionamiento del Estado, y que por tanto se puede calificar como una política pública, de donde nazca la violación generalizada de los derechos fundamentales.⁴⁰

A declaração do ECI é realizada em sede de controle concreto de constitucionalidade, quando da revisão das decisões judiciais proferidas nas *acciones de tutela*⁴¹ e foi utilizada pela Corte Constitucional da Colômbia pela primeira vez em 1997, em razão de demandas judiciais envolvendo a não filiação de professores municipais ao sistema de seguridade social.⁴² Desde então, a Corte passou a desenvolver e aperfeiçoar o procedimento em uma série de decisões similares, como em relação à superpopulação carcerária⁴³, à falta de proteção para os defensores dos direitos humanos⁴⁴, à negativa de

40 RÍOS, 2004, p. 9.

41 A Corte Constitucional Colombiana exerce o controle de constitucionalidade concreto em sede de revisão das decisões judiciais tomadas nas *acciones de tutela*, conforme se depreende da leitura do art. 86 da Constituição (v. nota 36) e do art. 241, inciso 9, *in verbis*:

“ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...)

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.”

42 *Sentencia* SU-559/1997.

43 *Sentencia* T-153/1998.

44 *Sentencia* T-590/1998.

realização de concurso público para o provimento de cargos de notários⁴⁵ e a falhas no sistema de saúde pública.⁴⁶

Todavia, foi na paradigmática *sentencia* T-025 de 2004, concernente à emergência humanitária causada pelo deslocamento forçado de famílias em meio ao conflito armado colombiano, que se obteve maior êxito na resolução do litígio estrutural. A Corte Constitucional emitiu ordens flexíveis, deixando para o Poder Público a formulação das políticas públicas para o amparo dessa população vulnerável, bem como reteve a jurisdição e determinou a realização de Audiências Públicas periódicas para o monitoramento e deliberação contínuos sobre as medidas tomadas e o sucesso da sua implementação.⁴⁷

Garavito, a partir de um detalhado estudo de caso das três principais sentenças estruturais da Corte Constitucional Colombiana, realiza uma comparação acerca do impacto relativamente profundo da mencionada decisão T-025 de 2004 em relação aos efeitos muito mais modestos das demais, quais sejam, a T-153 de 1998, que versou sobre a superpopulação carcerária, e a T -760 de 2008, sobre o direito à saúde.⁴⁸ Norteando

45 *Sentencia* SU-250/1999.

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

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

48 GARAVITO, 2014, p. 217-219.

a sua pesquisa a partir das características das sentenças que contemplam o cumprimento dos direitos socioeconômicos que identificou como determinantes para a efetividade de suas consequências, analisou o jurista colombiano, o grau de força das declarações de exigibilidade judicial dos direitos em questão, das medidas judiciais adotadas e do monitoramento do cumprimento das respectivas decisões⁴⁹.

Concluiu o autor que as sentenças dialógicas como a T-025 – caracterizadas pelo monitoramento do cumprimento e pela declaração de exigibilidade dos direitos fortes, e por medidas judiciais moderadas – têm um maior potencial para produzir efeitos gerais mais profundos no cumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afirma ele que “esas sentencias tienen mayores efectos porque se ocupan de los obstáculos prácticos fundamentales para la ejecución de las decisiones estructurales: la resistencia política y la capacidad institucional”.⁵⁰

O sucesso dessa decisão na superação das falhas estruturais, vinculadas aos bloqueios políticos e institucionais que norteavam a situação de emergência humanitária dos deslocados internos⁵¹, deveu-se ao ativismo dialógico da Corte Constitucional Colombiana, que, além de adotar as medidas transformadoras do sistema em mau funcionamento, promovendo a colaboração e o diálogo entre os diferentes entes governamentais, possibilitou a deliberação democrática sobre problemas públicos.

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

49 GARAVITO, 2014, p. 233.

50 GARAVITO, 2014, pp. 236-239.

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

adotados e a implementação das políticas públicas para concretização dos direitos sociais envolvidos, têm como paradigma o que Gargarella denomina de “constitucionalismo dialógico”.⁵² Tal modelo é associado à concepção de democracia deliberativa de Jürgen Habermas, de caráter procedimental, que visa garantir “formalmente igual participação em processos de formação discursiva da opinião e da vontade e estabelece, com isso, um procedimento legítimo de normatização”.⁵³

Como aponta Roberto Gargarella, esse sistema pretende assegurar que o processo de tomada de decisão se assente em um “diálogo inclusivo”, a partir da noção habermasiana de que as decisões legítimas são as que resultam de processos de discussão em que intervém em posição de igualdade todos os potenciais afetados.⁵⁴ Por meio do procedimento de normatização e da deliberação, que constitui para Habermas o cerne do processo democrático, proporciona-se a racionalização discursiva das decisões⁵⁵.

A esse respeito, elucida Katya Kozicki, que essa concepção de democracia pretende conciliar a ideia de soberania popular com o resgate dos valores do liberalismo, especialmente no que tange ao seu componente moral. Neste sentido, a deliberação deve ser entendida como um método de tomada de decisão assentado na ideia “de um livre debate, ou discussão, a ser realizado entre cidadãos livres, iguais e racionais, com vistas à obtenção de um resultado com o qual todos possam concordar, uma vez que todos serão por ele afetados”⁵⁶, bem como no ideal de justificação política, isto é, um processo “que seja em si mesmo legítimo ou que justifique o exercício do poder político”.⁵⁷

O constitucionalismo dialógico tem sido recentemente celebrado por parte da doutrina que se centra na reivindicação do papel do Poder Legislativo, enquanto representante do povo, nos processos de tomada de decisões, marcados pela presença de um Poder Judiciário hiperativo e um Poder Executivo hiperpoderoso, bem como por aqueles que criticam a apropriação judicial da “última palavra” institucional em sede de controle

52 GARGARELLA, 2014b, p. 124.

53 LUBENOW, 2010, p. 234.

54 GARGARELLA, 2014b, p. 124.

55 LUBENOW, 2010, p. 234.

56 KOZICKI, 2004, p. 45.

57 KOZICKI, 2004, p. 48.

de constitucionalidade de leis.⁵⁸ Todavia, a recuperação de um papel central para o Legislativo não se traduz automaticamente em uma recuperação do lugar e da voz do povo. Para a efetiva concretização dos ideais igualitários de um modelo deliberativo há que se levar em conta na tomada de decisões as necessidades, prioridades e particulares interpretações da coisa pública que possuem os cidadãos.⁵⁹ Nesse passo, as audiências públicas, enquanto instrumentos de deliberação popular, podem representar uma aproximação entre os representantes dos poderes públicos e as expectativas da população de representados.

A superação do ECI traz em seu bojo o diálogo entre os Poderes⁶⁰ e, principalmente, destes para com o povo. E, com isso, a interação do controle de constitucionalidade com essas práticas deliberativas legitima democraticamente a atuação da Corte Constitucional. Por meio desses mecanismos de participação popular no processo de interpretação da Constituição, o novo constitucionalismo latino-americano – que abriga a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional – “dialoga” com o constitucionalismo democrático, como será pontuado a seguir.

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

A série de reformas constitucionais promovidas em boa parte dos países da América-Latina desde o final do século XX, tem como cerne, além do fortalecimento dos compromissos sociais, a busca da legitimidade democrática, vislumbrada a partir da participação política e da ativação da cidadania, bem

58 Sobre o tema, ver: MENDES, 2008a.

59 GARGARELLA, 2014b, pp. 149-151.

60 Em relação ao tema, cabe mencionar o precursor estudo de Rosalind Dixon (2007, p. 391-418) que, a partir de uma detalhada análise da decisão da Corte Constitucional Sul Africana no paradigmático litígio estrutural *South Africa v. Grootboom* (2000), apresentou uma teoria dialógica como modelo de cooperação entre as Cortes e os Parlamentos, aplicada diretamente aos direitos socioeconômicos e, com enfoque no potencial constitucional do Poder Judiciário para promover uma democracia constitucional inclusivista e responsiva, neutralizando obstáculos específicos do processo político. Sobre o aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir da deliberação e do diálogo entre poderes, sobretudo no âmbito dos direitos sociais e políticas públicas, conferir: SILVA, 2009, pp. 197-227. E, em complementação, sobre uma perspectiva da corte constitucional como catalizador deliberativo, ou seja, da revisão judicial como um mecanismo que propulsiona a existência de uma maior e melhor deliberação entre os poderes na concretização dos direitos fundamentais, a partir de uma concepção dinâmica e mutável da Separação de Poderes, mediante uma distribuição de funções fluída e não estática, em que os poderes negociam, a cada passo, seus respectivos limites, conferir: MENDES, 2014, pp. 159-185; e MENDES, 2008b.

como da primazia da soberania popular. Nesse sentido, as novas Constituições latino-americanas trouxeram alterações significativas nos mecanismos de participação popular, impulsionadas pela ideia de expansão e fortalecimento da democracia. Como pontua Uprimny, “the reforms sought not only to restore representative democracy—itsself momentous in overcoming military dictatorship—but also to create new spaces for citizen participation”.⁶¹

As reformas alcançaram esses objetivos por intermédio do reconhecimento e da expansão de mecanismos de democracia direta, como consultas populares, referendos e iniciativa popular; da consagração de formas de controle dos cidadãos sobre políticas públicas; da incorporação do instituto do Conselho Popular; e da inclusão do procedimento de revogação de mandatos⁶². Como acentua Uprimny:

The transformative nature of recent Latin American constitutionalism has generally taken two tracks. First, the constitutions are rights rich, given that the recognition of collective, economic, social, and cultural rights— especially if they have legal protection—contributes to greater social equality and democratic transformation. Second, the constitutions also posit that the transformation to a more just society is made through an extension of democratic participation mechanisms, for which they have built—in addition to representative democracy—new spaces for democratic deliberation and mobilization.⁶³

Aponta o jurista colombiano que estas duas vocações transformadoras explicam dois novos recursos do recente constitucionalismo latino-americano, quais sejam: por um lado o esforço de repensar e reformular a democracia; e, por outro, a adoção de formas constitucionais fortes na América Latina. Destarte, a maioria das Constituições abrem novos espaços e preveem novas instituições para a concretização de uma democracia participativa. Além disso, incluem mecanismos de controle judicial de constitucionalidade, “to ensure that the rights and welfare promises they make are not mere rhetoric, but are regulatory mandates with practical efficiency”.⁶⁴

61 UPRIMNY, 2011, p. 1594.

62 GARGARELLA, 2014, p. 282.

63 UPRIMNY, 2011, p. 1600.

64 UPRIMNY, 2011, p. 1601.

Nesse contexto, as Constituições surgidas a partir da década de 1990 são as que demonstram a feição mais forte do constitucionalismo na região. As reformas deste período foram engendradas via processos constituintes por iniciativa popular, a começar pela Colômbia em 1991, passando pela Venezuela (1999) e Bolívia (2006), e culminando no processo equatoriano de 2008.⁶⁵ Esse movimento teve origem em levantes sociais e movimentos cívicos do final do século XX, em busca de um melhor quadro jurídico, político, econômico e social, mais adaptado às realidades regionais. Como elucidada Rubén Martínez Dalmau:

O novo constitucionalismo, fruto das assembleas constituintes comprometidas com processos de *rexeneración* social e política, expón un novo paradigma de Constitución forte, orixinal e vinculante, necesaria nunhas sociedades que confiaron na mudanza constitucional a possibilidade dunha verdadeira revolución.⁶⁶

O novo paradigma constitucional que diferencia este modelo do “velho constitucionalismo”, está na genuína dinâmica participativa e legitimadora que acompanha os processos constituintes, que passam ter como elementos característicos o referendo ativador, o referendo de aprovação do texto constitucional e a rigidez para a reforma constitucional.⁶⁷ Enquanto no modelo anterior “se constatava um acordo entre as elites políticas e econômicas alheio à natureza soberana essencial do poder constituinte”, no novo constitucionalismo latino-americano “se evidencia uma dinâmica participativa e popular”.⁶⁸

É partindo dessas premissas de participação e deliberação democrática e, levando-se em conta o cenário de constitucionalização de direitos e do empoderamento do Estado-Juiz vivenciado no contexto latino-americano, que se vislumbram pontos de convergência entre o novo constitucionalismo latino-americano e o “constitucionalismo democrático” proposto por

65 Consoante aponta Rubén Martínez Dalmau (2008, p. 6), no contexto deste novo constitucionalismo somente o povo pode se sentir progenitor da Constituição, por meio da genuína dinâmica legitimadora que acompanha a ativação do poder constituinte através de referendo, bem como a votação final do projeto de Constituição, para a sua entrada em vigor, antecedida pela introdução participativa dos seus conteúdos.

66 DALMAU, 2008, p. 5.

67 DALMAU, 2008, p. 6.

68 VIEIRA, 2013, p. 126.

Robert Post e Reva Siegel. Esse modelo propõe que, embora os juízes detenham um papel fundamental na interpretação da Constituição, o Poder Legislativo, a Administração Pública e a sociedade também devem ser considerados foros igualmente autorizados e relevantes para a construção de sentidos do texto constitucional. Isto é, os juízes devem atuar em conjunto com os atores políticos e os movimentos sociais a fim de “codificar los valores progresistas de la Constitución”.⁶⁹

Nesse sentido, a legitimidade democrática do direito constitucional residiria no “diálogo construtivo”⁷⁰, que se forma a partir de interações entre o Poder Judiciário os outros ramos do poder público e o povo. Como preceitua Leonardo García Jaramillo, na abordagem do constitucionalismo democrático:

La forma más adecuada en la cual los tribunales desempeñan su función institucional es articulándose como partes em un extenso diálogo, en virtud del cual responden no sólo al estado de derecho y los principios de legalidade y seguridade jurídica, sino también ante las perspectivas populares de los valores constitucionales. Contribuyen así a la incorporación de tales valores al derecho.⁷¹

Para Post e Siegel⁷², a interpretação jurídica de previsões constitucionais que estabelecem os direitos civis norte-americanos convida a uma tomada de decisão que expresse valores nacionais, como a igualdade, a liberdade, a dignidade, a família ou a fé, estabelecendo um *nomos*, enquanto representação de uma identidade nacional. Essa expressão, cunhada por Robert Cover⁷³, significa um “universo normativo”, que inclui as instituições e prescrições jurídicas, bem como as narrativas que as situam e lhes dão significado, constituindo, portanto, o “nosso mundo” tanto quanto a realidade material, sensível, o faz.

Segundo os autores norte-americanos, esse *nomos* revela-se repleto de controvérsias, porque o povo estadunidense é heterogêneo em seus valores e visões acerca do que se entende por uma boa sociedade. A diversidade de

69 GARGARELLA; BERGALLO, 2013, pp. 9-10.

70 JARAMILLO, 2013, p. 12.

71 JARAMILLO, 2013, p. 12.

72 POST; SIEGEL, 2013.

73 COVER, 1983, pp. 95-97.

narrativas contida nesse conceito é facilmente verificável nos debates acerca de ações afirmativas. Decisões judiciais sobre estes temas provocam a resistência popular, pois são tópicos sobre os quais os americanos discordam e se importam de forma passional. Este desejo de aplicar a Constituição de forma que reflita a sua compreensão dos ideais constitucionais não pode ser ignorado, e o distanciamento entre a compreensão dos profissionais do direito e a do povo acerca dos significados da Constituição, em questões cruciais, pode ameaçar a legitimação democrática do texto constitucional⁷⁴.

Nesse contexto, descrevem Post e Siegel que nos Estados Unidos o povo tem lutado continuamente para configurar a concepção da Constituição, por meio, por exemplo, de greves, protestos, mobilização política, do processo legislativo e de demandas judiciais, sendo que tais lutas têm como premissa a crença de que a Constituição deve expressar um *nomos* que os estadunidenses possam reconhecer como seu⁷⁵.

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

Como destaca Reva Siegel⁷⁶, tendo em vista que a modificação de normas constitucionais é muito pouco frequente nos Estados Unidos, o ordenamento constitucional parece basear-se nas práticas de engajamento participativo para dar lugar a formas de responsividade democrática que são frequentemente associadas às práticas formais de criação ou mudança das normas constitucionais. Nessa toada, assevera a autora:

In the United States, popular confidence that the Constitution is the People’s is sustained by understandings and practices that draw citizenry into engagement with questions of constitutional meaning and enable communication between engaged citizens and officials charged with enforcing the Consti-

74 POST; SIEGEL, 2013, pp. 50-51.

75 POST; SIEGEL, 2013, p. 52.

76 SIEGEL, 2006, p. 1342.

tution. In the absense of constitutional lawmaking, these practices engender the understanding that citizens can influence officials in the exercise of interpretative power (...). Popular engagement in constitutional deliberation sustains the democratic authority of original acts of constitutional lawmaking and supplements constitutional lawmaking as a source of the Constitution's democratic authority.⁷⁷

O conteúdo do significado da Constituição é o resultado das lutas em torno da sua interpretação, sendo a atuação dos juízes e das Cortes na aplicação do direito constitucional primordial para a manutenção de uma perspectiva que reflita os ideais dos estadunidenses. O constitucionalismo democrático não se opõe à possibilidade de que os juízes exerçam um poder considerável ao controlar a conformidade das leis expedidas pelo Congresso e, em geral, dos atos dos poderes públicos, com a Constituição, garantindo assim a sua integridade e supremacia, bem como a vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais.⁷⁸

No entanto, as práticas que facilitam uma comunicação constante e contínua entre os tribunais e o povo têm que ser suficientemente fortes “para prevenir la alienación constitucional y para mantener la solidariedad en una comunidad normativamente heterogénea”⁷⁹. O modelo proposto por Post e Siegel preza o papel essencial que a participação popular exerce direcionando e legitimando os institutos e práticas do controle judicial de constitucionalidade, reconhecendo que o sistema jurídico estadunidense se encontra fundado numa ordem constitucional que convida ao diálogo atores políticos e sociedade civil, acerca das questões envolvendo a interpretação constitucional.

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

77 SIEGEL, 2006, p. 1342 – 1343.

78 JARAMILLO, 2013, p. 18.

79 POST; SIEGEL, 2013, p. 53.

En una democracia, el constitucionalismo limita y empodera al gobierno para garantizar los fines del Estado. En lugar de definir la naturaleza y el alcance de los derechos constitucionales desde una torre de Babel donde los tribunales no hablan con los organismos estatales, el constitucionalismo democrático propugna una concepción conforme a la cual la realización de las provisiones constitucionales adquiere su legitimidad y su efectividad como producto de un diálogo progresivo.⁸⁰

Na perspectiva da democracia deliberativa, levando-se em conta a heterogeneidade arraigada nas diferentes concepções de bem comum e de determinados valores, que norteia as complexas sociedades modernas, verifica-se “a necessidade de se buscar um acordo, ou consenso, não quanto a estes valores, ou tentando a obtenção de um ideal que possa por todos ser compartilhado, mas sim quanto à forma que deve obedecer a tomada das decisões políticas”.⁸¹

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

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

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

O Estado de Coisas Inconstitucional foi recentemente aventado como causa de pedir na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347⁸², ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (STF), que

80 JARAMILLO, 2013, p. 19.

81 KOZICKI, 2004, p. 55.

82 A ADPF 347 foi protocolizada em 27/05/2015, pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), com base em representação elaborada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. O autor da ADPF, em síntese, busca que o STF reconheça e declare o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, e, diante disso, imponha a adoção de uma série de medidas voltadas à promo-

tem como objetivo, reparar o atual quadro de violações generalizadas de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro, no tocante à dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, além da assistência judiciária e resguardo dos direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Ao apreciar os pedidos de medida cautelar formulados na inicial⁸³, os Ministros reconheceram a existência de um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente da falência de políticas públicas e de falha estrutural, representada pela ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes, cuja modificação depende de um conjunto de soluções que envolva a atuação coordenada de entes públicos dos diferentes níveis federativos, declarando o ECI do sistema penitenciário nacional.

Especificamente a respeito da situação carcerária, percebe-se que não há deficiência de proteção normativa, haja vista que a Lei de Execuções Penais e, em especial, os tratados internacionais de que é signatário o Brasil,⁸⁴ conferem, de maneira geral e abstrata, resguardo aos direitos dos presos. Todavia, por conta da desídia da Administração, não se emprestou concretude aos direitos abstratamente salvaguardados nos diplomas normativos já mencionados, dada a ineficácia das políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo. Como aponta Campos, “os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestado verdadeira falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade”.⁸⁵

ção da melhoria das condições carcerárias do país e à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia.

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

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

85 CAMPOS, 2015, p. 40.

A atuação do STF neste caso, portanto, vai além de procurar superar as deficiências na consecução de políticas públicas já existentes, mas sim pretende dar concretude a direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais. A injustificável inércia governamental em viabilizar o estabelecimento e a preservação de condições materiais mínimas de existência aos detentos exige a intervenção do Poder Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurado.

Nesse sentido, no bojo do litígio estrutural em questão, cabe ao Supremo atuar para a superação dos bloqueios políticos e institucionais⁸⁶, promovendo a cooperação entre os Poderes Legislativo e Executivo nos processos de formulação e implementação das soluções necessárias, bem como o diálogo com a sociedade e o monitoramento do cumprimento e eficiência das medidas adotadas.

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

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada (...).

Para tanto, no que tange à abertura para a deliberação política e social na superação do ECI, que interessa aos objetivos deste artigo, mostra-se necessária a mudança de postura do Tribunal com relação ao instituto da Audiência Pública, para que esta passe a ser o meio processual adequado

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

e compatível com um constitucionalismo democrático, ou seja, para que efetivamente influencie as decisões dos Ministros do STF e promova a responsabilidade destes aos argumentos das autoridades públicas envolvidas e dos diferentes setores da sociedade civil interessados no tema.

Embora haja uma reconhecida tendência de promoção do diálogo, inaugurada com a Audiência Pública convocada no caso da Lei de Biossegurança⁸⁷, em 2007, atualmente, em consonância com a sua regulamentação legal⁸⁸, trata-se este mecanismo de participação popular como expediente meramente informativo, no qual os julgadores buscam esclarecer dúvidas ou ouvir a opinião de especialistas na matéria *sub judice*.

Neste passo, cabe mencionar a pesquisa realizada por Miguel Gualano de Godoy⁸⁹, em sua recente tese de doutoramento, a partir da análise detalhada de todos os casos definitivamente julgados pelo STF até 2015, em que houve audiências públicas⁹⁰, a fim de aferir se estas, juntamente com os *Amici Curiae* (quando aceitos em conjunto), estão sendo encaradas como instrumentos de abertura ao diálogo e à participação popular. Para tanto, utilizou-se da comparação entre as razões e argumentos expostos nas audiências públicas e pelos respectivos *amici curiae*, e as razões e argumentos dos votos dos Ministros do STF.⁹¹

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

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

89 GODOY, 2015, pp. 193-201.

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

91 Na avaliação dessa comparação, utilizou-se o autor de dois critérios, um objetivo e outro subjetivo. O

A partir dos resultados obtidos, o autor verificou que em todos os casos a grande maioria dos Ministros valeram-se, expressamente ou não, das razões e dos argumentos expostos em audiência pública ou pelos *amici curiae*, demonstrando que a participação da sociedade civil e de outros atores políticos por meio desses instrumentos processuais efetivamente influencia as decisões da Corte. Para Godoy, restou demonstrada “a efetiva permeabilidade do Supremo Tribunal Federal à participação de pessoas e instituições que se somam à análise dos casos sob julgamento”.⁹²

Não obstante, consoante conclui Godoy, tanto a forma de utilização desses instrumentos, como a performance deliberativa do STF, precisa ser aperfeiçoada em prol de uma “abertura democrático-deliberativa e dialógica”.⁹³ Isso por dois motivos, e aqui ater-se-á às razões vinculadas ao instituto da Audiência Pública, concernente ao escopo do presente estudo.

Primeiro, porque a escolha das pessoas com notória experiência e autoridade no assunto que participarão das Audiências Públicas é um ato discricionário do Ministro Relator, assim como a decisão acerca dos requerimentos de participação apresentados por iniciativa própria de especialistas nos assuntos trazidos à baila.⁹⁴ Segundo, porque esse instituto tem sido somente palco para a exposição de diferentes posições em relação ao caso, a fim de dar complementação informativa aos Ministros, o que não tem permitido que as Audiências Públicas “sejam efetivo espaço de deliberação, com a apresentação, troca e debate de informações e argumentos”.⁹⁵

Nessa toada, conforme leciona Carolina Elisa Suptitz, a audiência pública jurisdicional tem reconhecida importância enquanto oportunidade

primeiro, a partir da verificação de referências expressas às audiências públicas e aos *amici curiae* na fundamentação dos votos dos Ministros. O segundo, a partir da análise se na fundamentação desses votos há a invocação de razões e argumentos iguais ou semelhantes àqueles apresentados nas audiências públicas e pelo *amici curiae*, ainda que inexistente referência expressa a eles, para o embasamento das decisões.

92 GODOY, 2015, p. 202.

93 GODOY, 2015, p. 203.

94 Conforme se depreende do Regimento Interno do STF:

Art. 21. São atribuições do Relator:

(...)

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria.

95 GODOY, 2015, p. 204.

concedida à comunidade para intervir nos julgamentos da mais alta Corte do país, contudo, “na forma como concretizada, não corresponde integralmente aos intuitos democráticos tratados pelas teorias políticas contemporâneas, apresentando limites no que diz respeito aos modelos de democracia plural, deliberativa e substancial”.⁹⁶

O diálogo entre os representantes dos poderes estatais e os cidadãos em busca dos significados da Constituição, almejado pelo constitucionalismo democrático, não se harmoniza com a tradicional supremacia judicial, ou seja, não se concretiza em meio a situações em que as distintas partes não se encontrem em posição de igualdade, estando uma delas, na verdade, em um lugar de dominação.⁹⁷ Para serem reconhecidas como uma instância de diálogo na perspectiva de uma democracia deliberativa, as Audiências Públicas a serem realizadas no bojo dos litígios estruturais devem expressar um cenário em que a sociedade e os poderes políticos efetivamente interajam, em que haja argumentos e contra-argumentos para a construção de uma linguagem comum, que remeta a uma estrutura de princípios coletivamente eleitos, numa sociedade complexa e plural.⁹⁸

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

6. Conclusão

Para além de uma decisão paradigmática de viés liberal progressista, o caso *Brown v. Board of Education* trouxe a lume um novo modo de atuar para a jurisdição constitucional, concebido ante a necessidade de se dar efetividade a uma decisão concretizadora de direitos fundamentais de uma minoria estigmatizada, nos idos de 1955, no sul dos Estados Unidos.

96 SUPTITZ, 2009, p. 184.

97 GARGARELLA, 2014b, p. 148.

98 LORENZETTI, 2014, pp. 353-354.

O não cumprimento da decisão pelos entes públicos e instituições sociais envolvidas era devido ao *backlash*⁹⁹ que exsurgia de uma maioria branca com influência e poder, contrária à mudança no *status quo* segregacionista. Diante desse quadro de persistente inconstitucionalidade, e no exercício da sua função contramajoritária, a Suprema Corte norte-americana inova, a partir da emissão de nova ordem, agora estrutural, e uma consequente mudança de postura, da coerção para a colaboração.

O cenário de inércia do poder público começa a mudar daí para frente adota-se a mesma fórmula para a reorganização estrutural de outras instituições, em busca a sua conformidade com a Constituição estadunidense.

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

Quase sessenta anos depois da identificação da *structural injunction*, reconciliando-se com a jurisprudência dos países vizinhos, o STF declara o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, em que o quadro de inconstitucionalidades já ultrapassou os limites. Trata-se de situação excepcional, por envolver uma parcela da população estigmatizada, sem participação ou representação política e socialmente desprezado.

O nome a designar o novel instituto não importa, mas sim o fato de se tratar de mecanismo procedimental que inova em razão da substância: a efetiva proteção de direitos fundamentais de um determinado grupo social, massivamente e reiteradamente violados.

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

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

Referências

BERGALLO, Paola. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, pp. 245-291.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 1-49.

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

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

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

CASELS, Jamie. Judicial activism and public interest litigation in India: attempting the impossible? *American Society of Comparative Law*, v. 37, n. 3, 1989. DOI: <https://doi.org/10.2307/840090>.

COVER, Robert. Origins of Judicial Activism (1982). In: SARAT, Austin; RYAN, Michael; MINOW, Martha. *Narrative, Violence and the Law: The Essays of Robert Cover*. Michigan: The University of Michigan Press, 1995, p. 13-49. DOI: <https://doi.org/10.237/827615>.

_____. Nomos and Narrative (1983). In: SARAT, Austin; RYAN, Michael; MINOW, Martha. *Narrative, Violence and the Law: The Essays of Robert Cover*. Michigan: The University of Michigan Press, 1995, p. 95-172. DOI: <https://doi.org/10.237/827615>.

DALMAU, Rubén Martínez. Asembleas constituintes e novo constitucionalismo em América Latina. *Tempo Exterior*, n.º 17, jul/dez 2008.

- DIXON, Rosalind. Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press:2007. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssm.1536716>.
- ELY, John Hart. Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FISS, Owen M. The Civil Rights Injunction. Bloomington: Indiana University Press, 1978.
- GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, pp. 211-244.
- GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latino-americano: promesas e interrogantes. *CEPAL – Serie Políticas sociales* n.º 153, Santiago de Chile, nov/2009.
- GARGARELLA, Roberto; BERGALLO, Paola. Presentación. In: POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, pp. 9-10.
- GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo em América Latina. Buenos Aires: Katz Editores, 2014a.
- _____. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014b.
- GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015.
- HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- JARAMILLO, Leonardo García. Introducción. In: POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 11-29.

- JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos*, v. 96, Jul. 2013 p. 69-85.
- KOZICKI, Katya. Democracia Deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 41, 2004. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v41i0.38317>.
- LORENZETTI, Ricardo. Las audiencias públicas y la Corte Suprema. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, pp. 345-354.
- LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera Pública e Democracia Deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion*, Belo Horizonte, nº 121, Jun./2010.
- MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008a.
- _____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese aprovada no Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo. São Paulo:2008b.
- _____. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, pp. 159-185.
- POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- RÍOS, Luís Carlos Alzate. El estado de cosas inconstitucional. *Revista inter-nauta de práctica jurídica* n.º 13, 2004. Disponível em: <http://www.ripj.com/art_jcos/consti/consti.html>. Acesso em 12 de setembro de 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- SIEGEL, Reva B.. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA. *California Law Review*, vol. 94, 2006, pp. 1323 - 1420. DOI: <https://doi.org/10.2307/20439068>.

- SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 250, Rio de Janeiro: FGV, 2009. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144>.
- _____. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SUPTITZ, Carolina Elisa. Audiência pública jurisdicional: avanços e limites democráticos do poder judiciário brasileiro. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e processo*. Curitiba: Juruá, 2009.
- UPRIMNY, Rodrigo. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, vol. 89, n. 7, pp. 1587-1610.
- VIEIRA, José Ribas; SANTOS, Fabiana de Almeida Maia; MARQUES, Gabriel Lima; SOUZA, Rafael Bezerra de; DIAS, Sergio B. T. de Oliveira. Impasses e Alternativas em 200 anos de Constitucionalismo Latino-Americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), n.º 5, Vol 2, jul/dez 2013.
- WEST, Robin. Progressive and Conservative Constitutionalism. *Michigan Law Review*, vol. 88:641, 1990, pp. 641-721.

Recebido em 28 de março de 2017.

Aceito em 26 de maio de 2018.