

Agir Estratégico: um balanço sobre a sentença t-025/2004 da Corte Constitucional Colombiana

Strategic Action: a balance on the sentence t-025/2004 of the Colombian Constitutional Court

Wagner Vinicius de Oliveira¹

Resumo

O objetivo central desse artigo consiste em identificar e compreender como as cortes constitucionais decidem em situações de inegável gravidade constitucional. Tal análise envolve a conjugação de esforços institucionais para que as decisões judiciais sejam dotadas de exequibilidade e de força normativa adequadas para alterar o estado de coisas inconstitucional. Essa investigação será realizada em duas frentes: uma teórico-conceitual seguida de um recorte empírico a partir da sentença T-025 de 2004 (*Desplazamiento forzado internos*) da Corte Constitucional colombiana. Para tanto, utiliza-se do método indutivo com expectativa de generalização dos resultados alcançados. Os materiais consultados sugerem a tendência de uma atuação mais contida das cortes constitucionais seja para garantir a separação funcional dos poderes, seja por uma questão de agir estratégico, preservando assim sua autoridade e legitimidade. Diante disso, as conclusões sustentam a hipótese de uma atuação moderada das cortes constitucionais, mesmo as cortes que possuem tradição verticalizada mais atuante.

Palavras-chave: Comportamento judicial. Desenhos institucionais. Estado de coisas inconstitucional. Estratégia decisória. Jurisdição constitucional.

¹ Doutorando em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU (2018). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas (2016), advogado (OAB/MG). Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Rio de Janeiro/RJ. Brasil. Email: oliveirawagnervinicius@gmail.com

Abstract

This article has the central objective of identifying and understanding how the constitutional courts decide in situations of undeniable constitutional gravity. Such analyzes involve combining institutional efforts so that judicial decisions are endowed with feasibility and appropriate normative force to alter the unconstitutional state of affairs. We carry out this investigation on two fronts: a conceptual-theoretical followed by an empirical cut from the sentence T-025 of 2004 (*Desplazamiento forzado internos*) of the Colombian Constitutional Court. For that, we used the inductive method with expectation of generalization of the results. The materials consulted suggest the tendency of a more contained action of the constitutional courts either to guarantee the functional separation of powers, or for the sake of strategic action, thus preserving its authority and legitimacy. Given this, we support the hypothesis of a moderate performance of the constitutional courts, even the courts that have a more active vertical tradition.

Keywords: Judicial behavior. Institutional drawings. Unconstitutional state of affairs. Strategic action. Judicial review.

Introdução

Decisões judiciais, principalmente as prolatadas por cortes constitucionais, são revestidas de uma carga simbólica bastante expressiva. Eis o ponto de apoio para lançar um olhar retrospectivo sobre o tema. Independentemente do sentido adotado por uma decisão judicial, em sede de jurisdição constitucional, ela sempre terá o condão de visibilizar o assunto debatido.

Sem muitos esforços, encontra-se farto material nos veículos de comunicação (oficiais e não-oficiais), notícias são produzidas a partir dessas decisões, artigos acadêmicos, teses, dissertações e eventos acadêmicos e profissionais, em alguma medida, têm por objeto o conteúdo e os impactos decisórios das cortes constitucionais.

Notabilizar um problema constitucional é, nesse sentido, colocá-lo em movimento perante uma corte constitucional. Disto, afirma-se a importância de investigar o papel das instituições para o funcionamento do Estado democrático de direito; significa, portanto, imprimir sentido concreto para essa locução plurissignificativa.

No campo de atuação judicial as situações de inegável gravidade constitucional, principalmente as que envolvem a implementação de políticas

públicas, são ainda mais complexas e remetem às experimentações em nível jurídico e político. Nesse cenário, a atuação da corte constitucional se torna cada vez mais expressiva.

Voltam-se as atenções para os modelos de atuação judicial. Por um lado, as contribuições judiciais poderão ser taxadas tanto de “ativistas” quanto de “lacunosas”, seja lá o que estes termos pretendam representar. Por ora, não se preocupará em distinguir e prescrever uma das hipóteses normativas, sobre as quais já existe material publicado, com relativo êxito; se assim o fosse, seria difícil encontrar justificativa suficiente para se reescrever mais um artigo sobre a mesma perspectiva.

A concepção abstrata de separação funcional dos poderes quase sempre empresta justificativa ou embasamento teórico para decisões judiciais menos invasivas ou minimalistas. Ao passo que as “violações de direitos fundamentais” fornecem as bases justificantes de uma atuação mais incisiva ou proativa do Judiciário. O elemento comum em ambas as situações é um agir estratégico que procura adequar a decisão judicial à conveniência do momento.

Há robustos fundamentos para os dois lados. Isso é fato. Assim, a corte ou a maioria das magistradas e dos magistrados constitucionais poderão escolher agir ou não, sempre de acordo com as estratégias sobre as quais não se sabe exatamente quem ou de qual maneira são orientadas.

Num primeiro momento, esse fato poderá ser interpretado como uma arbitrariedade indevida. Entretanto, conforme será visto na terceira seção, também poderá representar uma característica, na verdade uma adaptação do exercício jurisdicional ao contexto geográfico e temporal de atuação da corte constitucional, que não é estático, mas dinâmico.

Vale dizer, não há jurisdição constitucional atemporal; ao contrário, toda decisão judicial é também produto do seu tempo. Não necessariamente cronológico, mas autorizado historicamente. Da mesma maneira, a corte não decide sozinha ou à revelia da sociedade e das demais instituições públicas e privadas. No entanto, excessos poderão correr para ambos os lados, ou seja, de forma omissiva ou comissiva.

Isso devolve a questão para o agir estratégico de uma corte constitucional. Repise-se que esta questão permanecerá em aberto enquanto não se delimitar minimamente os contornos que justificam a conduta positiva ou negativa. O fenômeno das fragilidades institucionais fornece algumas pistas para compreender que não existe um modelo normativo ideal (infalível) para os desenhos institucionais.

Textos positivos não estão imunes as zonas de incertezas; pela via da interpretação (hermenêutica) constitucional poderão originar superposições do campo político em detrimento dos aspectos jurídicos. Aliás, a estrita observância do texto constitucional positivo (originalismo) possui um aporte estratégico.

Desenha-se um arcabouço fático e teórico capaz de colocar a “segurança jurídica” do texto positivo em xeque, sujeito as influências negativas advindas de outros campos normativos, como é o caso da economia, da política partidária, das religiões hegemônicas, dos interesses corporativos, entre outros fatores possíveis. No mesmo tom, a previsibilidade decisória também é colocada sob suspeita.

Frustrante será, então, a tentativa de estabelecer todas as condições em que estes e outros eventos aconteçam. Uma tarefa quase sempre fadada ao fracasso ou à inutilidade. Ingênua, por outro lado, seria a tentativa de ignorar esses elementos extrajurídicos e até mesmo antijurídicos; os aspectos de formação cultural e institucional exercem papel relevante nesse cenário.

Precisamente nesse turbilhão de acontecimentos e de teorias que o presente artigo busca contribuir com a investigação sobre o agir estratégico das cortes constitucionais em situações de inegável gravidade constitucional. Distante de qualquer pretensão de esgotar esse intrincado tema busca-se identificar alguns parâmetros com a expectativa de generalizar os resultados alcançados, por isso utiliza-se o método indutivo como ferramenta de trabalho.

Realizadas as apresentações esse artigo será estruturado em seis partes sucessivas. Afora essa antessala introdutória, na primeira seção, coloca-se em movimento o redesenho institucional como uma demanda do tempo presente, que reorganiza ou desorganiza os referencias clássicos da teoria constitucional.

Já na segunda seção, sublinha-se algumas das respostas e exigências institucionais dentro desta “nova” função da decisão judicial na jurisdição constitucional. Em sequência, na terceira seção, ilustra-se com alguns fragmentos empíricos de um agir estratégico a partir da sentença T-025/2004² (*Desplazamiento forzado internos*) da Corte Constitucional Colombiana. Por fim, serão apresentadas as considerações finais e listadas as referências consultadas.

1. Redesenho Institucional: uma demanda do tempo presente

O modelo federalista de tipo madisoniano não é infalível e, como tal, admite que algumas perguntas permaneçam sem respostas ou no mínimo forneça respostas parcialmente adequadas. Essas insuficiências provocam uma quebra pontual na confiança do sistema federativo e, de modo específico, coloca em xeque as capacidades institucionais do Executivo, do Legislativo e do Judiciário se reinventarem.

Trata-se de uma teoria geral cujo objetivo consiste em estabelecer conceitos genéricos e abstratos ao ponto de serem aplicáveis em qualquer contexto em que haja incidência. Isso é, vale como tentativa para limitar o exercício do poder estatal e assegurar certos direitos e garantias fundamentais.

Se bem que o modelo original norte-americano, proposto em 1787, coexistiu com a ausência de um rol de direitos e de garantias fundamentais, situação formalmente solucionada pelo conjunto das dez primeiras emendas à constituição conhecidas como *bill of rights*; e também com o instituto da escravidão negra, violadora do reconhecimento da condição de seres humanos, situação formalmente solucionada com o advento da décima terceira emenda à constituição estadunidense.

Disso decorre a constatação do experimentalismo constitucional como uma constante no projeto de constitucionalismo; até certo ponto, não é

² REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-025 de 2004**. Bogotá D.C., 17 de junio de 2004. Sala Tercera de Revisión, [n.p.]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acceso en: 19 jun. 2019.

inteiramente questionável o fato de as instituições debilitadas atenderem (ou atentarem contra) determinados interesses. Trata-se de acordos jurídico-políticos possíveis.

É nesse sentido que autores sugerem novos arranjos, a exemplo de Bruce Ackerman³ que propõe uma “nova separação dos poderes”, suas preocupações estão direcionadas para as relações entre o Executivo e o Judiciário. Para o citado autor o povo e o Presidente da República podem pressionar o Judiciário (*Supreme Court*) e isso serve para “politizar a burocracia estatal”.

Além disso, coloca o Executivo em vantagem especial sobre as demais funções da Federação ao assegurar que suas ordens sejam cumpridas por sua equipe e até mesmo pelo exercício de um poder diretivo indireto. Porém, chama a atenção para a corrosão do Estado de direito (*rule of law*) quando ocorre a hipertrofia dessa politização.

Corresponde diretamente à maneira pela qual se realiza a defesa da constituição, especialmente a defesa judicial da constituição. Para exemplificar essa afirmação considere a modificação ou a elaboração dos textos constitucionais, pelo menos no lado ocidental do mundo, após a Segunda Guerra. Mesmo antes desse período, as constituições já eram dotadas de um elevado grau de generalidade, de agora em diante passam a incorporar valores e mecanismos endereçados à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Cláusulas jurídicas abstratas e suas interpretações estão enraizados nos respectivos contextos históricos e representam não apenas um protocolo de intenções, mas, os acordos possíveis diante das circunstâncias da época. No entanto, estes “acordos possíveis” exigem lastro de concretude ou serão objeto de repactuação. Aliás, a situação na contemporaneidade passa a ser tão conflituosa que mesmo os acordos estando em plena atividade são suscetíveis a novos arranjos.

Para esse intento, não parece crível “dobrar as apostas” nos métodos interpretativos, nos textos positivos, nas teorias normativas, nas julgadoras e julgadores autossuficientes etc. como se fossem capazes de isoladamente oferecerem respostas satisfatórias para as demandas do tempo presente. Exige-

³ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

se mais do que isso. A observância da dinâmica social se contrasta fortemente com a exigência de previsibilidade garantidora da segurança jurídica.

A cultura constitucional ocidental assenta-se sobre a premissa de que o parlamento regule as especificações dos direitos fundamentais abstratos. Excepcionalmente admite-se a intervenção pontual do Judiciário no caso de ausências injustificadas. Em linhas gerais, as ideias até agora apresentadas insistem no papel restrito do Judiciário no cenário político institucional.

Teorias que preconizam sua atuação mais expressiva contam com suporte na suposta condição contra majoritária. Hipótese contestada por Jack Balkin⁴, entre outros autores, ao afirmar que a Suprema Corte Norte-Americana atua como um tribunal “nacionalista” ao impor os valores majoritários nacionais em detrimento dos valores locais.

Admitida a excepcional atuação da corte constitucional - uma vez que incumbe a superação do ônus argumentativo da presunção relativa de constitucionalidade das leis e dos atos normativos e a inviabilidade da técnica decisória da interpretação conforme à constituição - caberia ainda a declaração da inconstitucionalidade como uma questão de grau, não uma questão binária. Em síntese seria este o objetivo da declaração parcial de nulidade sem redução de texto normativo.

Surgem propostas teóricas para criticar tanto o controle de constitucionalidade quanto seu *modus operandi*. O enfoque desse artigo recairá sobre o último aspecto mencionado. Basicamente, dois são os modelos de operabilidade do controle de constitucionalidade ou *judicial review*: um modelo de forte atuação judicial (*strong judicial review*) e uma atuação mais contida ou moderada (*weak judicial review*).

Ambos os modelos são criticáveis. No primeiro caso, uma atuação mais proativa investindo as cortes constitucionais da capacidade tanto para suspender a eficácia do ato normativo questionado, quanto para retirá-lo do ordenamento

⁴ BALKIN, Jack. What Brown teaches us about constitutional theory. **Virginia Law Review**, Virginia, v. 90, n. 06, p. 1.537-1.577. Oct. 2004.

jurídico mediante a declaração de inconstitucionalidade seria em última análise “ameaçar a auto governança democrática”.⁵

Outra característica sensível do modelo forte seria que as “interpretações judiciais da constituição são [em tese] finais e irreversíveis pelas maiorias legislativas ordinárias”.⁶ Inviabiliza, portanto, os mecanismos de alteração da decisão judicial no curto prazo.

Já na hipótese de um modelo “fraco” de constitucionalidade terminaria por endossar as práticas majoritárias. Condutas mais comedidas desequilibram o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), pois dificilmente as decisões contrárias à constituição vigente, tomadas pelo Legislativo ou pelo Executivo, seriam revertidas pelo Judiciário.

Mesmo assim, Mark Tushnet⁷ opina por um modelo de revisão judicial que combine uma “corte fraca” e direitos fortes, basicamente um sistema de “contas dialógicas” capaz de realizar conversações entre o povo, Legislativo, Executivo e as cortes.

Essa sugestão teórica envolve a chamada estratégia de alocação (*allocation strategy*), tática desenvolvida pelas “cortes que abdicam de suas responsabilidades interpretativas em respeito à outras questões”.⁸ Desse modo, uma forma moderada de revisão judicial proporciona um agir estratégico com vistas a alcançar o objetivo de diálogo interinstitucionais.

Essa teoria retira a centralidade e o protagonismo judicial, não a importância da jurisdição constitucional, ao entender que “juízes emitem opiniões quando decidem os significados da constituição”.⁹ Além disso, ressalta o

⁵ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 20. No original: “[t]hreaten democratic self-governance”.

⁶ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. p. 33. No original: “[j]udicial interpretations of the Constitution are final and unreviewable by ordinary legislative majorities”.

⁷ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. p. 34. No original: “dialogic accounts”.

⁸ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. p. 37. No original: “the courts to abdicate their interpretive responsibilities with respect to the other issues”.

⁹ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. p. 100. No original: “Judges write opinions when they decide what the Constitution means”.

potencial inclusivo porque nesse modelo a participação das “autoridades não judiciais pode ser justificada”.¹⁰

Transparece na proposta do autor a intenção de contrapor um controle de constitucionalidade que inicia e termina no próprio Judiciário. Esses rearranjos institucionais permitem formular soluções potencialmente mais adequadas, na medida em que a promoção do diálogo entre os demais poderes e o povo cria uma espécie de “freio social” para a atuação do Judiciário.

No final das contas, a sugestão consiste em criar ou inserir o maior número de instituições para fiscalizar a construção dos sentidos constitucionais, isso representa uma proteção contra a concentração excessiva ou até mesmo a tirania no exercício do poder estatal. Implica considerar que as cortes nem sempre estarão agindo na preservação ou expansão de direitos fundamentais, além de concentrarem o poder decisório.

Em face desses desvios, cabe considerar que as atuações e as tendências conservadoras das cortes serão enfraquecidas pelo aumento quantitativo de agentes institucionais na tarefa de interpretar em conjunto os sentidos e os alcances da constituição federal.

Ao lado do incremento de novas instituições nessa tarefa interpretativa, a forma pela qual as cortes emitem suas decisões judiciais sofre alterações. Se a atuação e a cognição são realizadas de maneira compartilhada a parte mandamental de suas sentenças precisam de um certo grau de “vagueza” (abertura), ou seja, decisões judiciais cujo conteúdo dispositivo não exaurem nem o problema constitucional examinado, nem as formas de sua execução (quando cabível).

Na forma moderada de jurisdição constitucional (*weak judicial review*) prevalece a autocontenção ou diálogos interinstitucionais, seguida da possibilidade de revisão da decisão judicial, envolve formas não binárias de constitucionalidade (interpretação conforme à constituição, inconstitucionalidade progressiva, dentre outras formas). O diálogo no âmbito decisório está permanentemente aberto às participações sociais.

¹⁰ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. p. 157. No original: “[n]onjudicial officials may be justified”.

Em sua versão radical, no sentido filosófico de enviar às raízes, impõem um poder menos expansivo inclusive com a possibilidade de o parlamento rever as decisões da corte. Esse ponto não parece ser inteiramente defensável, justamente por retirar a suposta “última palavra sobre a constituição” do Judiciário e depositá-la no Legislativo ou no Executivo.

Todavia, é preciso contextualizar o momento histórico no qual Tushnet escreve. Havia uma corte constitucional considerada atuante num cenário conservador norte-americano que precisava ser moderada. A *Warren Court*, conforme ficou conhecida, possuía atuações voltadas para a proteção e a extensão dos direitos civis (*civil rights*), mas, também, exercia um “ativismo negativo”, ao proibir o novo plano (*New Deal*) para a recuperação econômica dos Estados Unidos da América durante o governo do Presidente Roosevelt, na década de 1930.

Nesse panorama surge a teoria da autocontenção ou autolimitação, que recebe diversas considerações críticas, dentre as quais se destaca a indagação de quem guardará os guardiães? (*quis custodiet custodes?*), ou seja, o que fazer quando o Estado se autolimitar quanto a declaração e ao reconhecimento de direitos e de garantias fundamentais.¹¹

Mais uma vez a questão da decisão judicial é deslocada para o comportamento estratégico da corte constitucional. De maneira geral, surgem espaços para a realização de estudos atitudinalistas (*attitudinalists*), segundo Frederick Schauer¹² são “conclusões baseadas em pesquisa de que as atitudes judiciais fazem mais diferença do que a lei” na hora de prolatar a decisão judicial.

¹¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. Adaptado ao Novo Código Civil. Lei n. 10.406, de 10-01-2002. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 563.

¹² SCHAUER, Frederick F. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Massachusetts: Harvard University Press, 2009. p. 139. No original: “[r]esearch-based conclusions that judicial attitudes make far more difference than the law”.

2. Respostas e exigências institucionais: o papel da decisão judicial na jurisdição constitucional

Na seção anterior pontuou-se algumas das alterações que as demandas nas sociedades hipercomplexas colocam frente as instituições constitucionalmente previstas. Em especial, a tarefa de interpretar a constituição colocada como um dever compartilhado, no entanto, o posicionamento da corte assume papel de destaque, principalmente porque a escolha dessa atuação ocorre de maneira estratégica.

A par disso, a atuação da corte na jurisdição constitucional (*judicial review*) assume duas formas: uma menos invasiva e outra mais incisiva. A princípio, essas decisões são opostas e a escolha de uma implica renunciar a outra. Fez-se a opção por testar a forma moderada de revisão judicial, por essa razão, afasta-se das teorias que sugerem um Judiciário mais abrangente e imaginativo, a exemplo da teoria do direito como integridade.¹³

Isso porque na modalidade mais incisiva de controle judicial compromete-se com “juízes tomando decisões que darão voz e efeito prático a convicções sobre moral amplamente difundidas na comunidade”.¹⁴ A unidade e autoridade interpretativa alocada exclusivamente nas instituições judiciais revelam um potencial prejudicial para a jurisdição constitucional.

A legitimidade democrática do judiciário para isoladamente determinar os sentidos e os alcances da constituição é, no mínimo, questionável. Legitimidade enquanto fenômeno complexo que perpassa por aspectos normativos, procedimental, capacidades técnicas e institucionais, entre outros fatores.

Envolve, também, em certo sentido, indagar sobre os limites para a interpretação judicial e nesse processo, considerar as forças políticas que orientam o cenário constitucional.

A promessa de que o Judiciário atuasse como contrapeso necessário para conter os excessos do Executivo e do Legislativo, além do empoderamento judicial, trouxe consigo a possibilidade real da sobreposição do elemento político sobre o constitucional.

¹³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 265.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 297.

Pode-se, então, pensar na circularidade ou no movimento cíclico enquanto hipótese mais adequada para explicar as relações entre liberdade e restrição judicial. Ao passo que movimentos pendulares entre esses dois extremos pressupõe a completa independência entre as esferas política e jurídica, cuja atuação é necessariamente separada.

Em sentido contrário, “no Brasil, é possível enxergar a formação de uma jurisprudência pendular no ativismo judicial que vai de decisões mais progressistas no sentido de proteção aos direitos fundamentais, às decisões mais conservadoras”.¹⁵ O Supremo Tribunal Federal - STF constitui um caso à parte.

Na situação brasileira, as oscilações abruptas dos julgados ocorrem, em parte, pelo fato de que o STF não é efetivamente um tribunal constitucional, mas acumula as funções de órgão de cúpula (instância recursal) e instância originária para o controle de constitucionalidade.

Ante as irregularidades decisórias, não é possível discordar da afirmação de que “o Tribunal tende a seguir a linha ideológica-política do governo vigente”.¹⁶ É nesse sentido, que “se mostra hesitante e vacilante quanto à sua própria posição institucional”.¹⁷

Para redimensionar os pensamentos em outra ordem de ideias e compreender como as cortes atuam na prática cabe considerar que “a convicção política desempenha um importante papel na decisão judicial”.¹⁸ Ressalta-se que a defesa constitucional não deve estar permanentemente sujeita às coalisões majoritárias momentâneas e instantâneas.

¹⁵ BORGES, Alexandre Walmott; CORREA, Andrey Lucas Macedo; PINHÃO, Karina Guimarães. A democracia nas audiências públicas em controle de constitucionalidade concentrado no Brasil. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 22, n. 09, p. 29-49. Jan./abr. 2019. p. 32.

¹⁶ BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha. O leviatã togado: os 30 anos de protagonismo judicial e o dever constitucional. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEREIRA, Rodolfo Viana (Coords.). **Constituição, democracia e jurisdição um panorama dos últimos 30 anos**. Belo Horizonte: IDDE, 2018. p. 24.

¹⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trinta anos, uma constituição, três supremos: autorrestrrição, expansão e ambivalência no exercício da jurisdição. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEREIRA, Rodolfo Viana (Coords.). **Constituição, democracia e jurisdição um panorama dos últimos 30 anos**. Belo Horizonte: IDDE, 2018. p. 260.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 323.

Existe um espaço que Adrian Vermule¹⁹ chama de escolha interpretativa, nada mais é do que aquilo que as magistradas e os magistrados realizam no nível operativo. Nesse percurso, existe a possibilidade de reunir aliados pragmáticos pouco ou nada alinhados aos objetivos democráticos. Comprometimentos e engajamentos que tencionam a estrutura e a realidade constitucional.

Por isso devem existir outras salvaguardas institucionais, para impedir que a jurisdição constitucional possa ser capturada por interesses outros. Voltam-se as atenções para o comportamento institucional das cortes constitucionais, a positividade constitucional e a autoridade compartilhada de interpretar a constituição como algumas das salvaguardas para uma atuação potencialmente mais adequada para o controle de constitucionalidade.

A partir e para além das situações colocadas surge espaço para compreender se a resposta teórica de restrição autoprovocada das cortes estaria adequada do ponto de vista democrático em face de situações de inegável gravidade constitucional. Objetar contra uma prática constitucional expansiva, por parte das cortes, é uma tarefa até certo ponto recorrente. Necessária, porém, recorrente.

Substituir um modelo por outro acarreta consequências práticas. A questão central que reclama maior conhecimento reside, em ambos os casos, nos componentes essenciais para aumentar a concretude tanto do texto normativo quanto da decisão judicial. E, nesse ponto, testar as possibilidades de respostas judiciais menos abrangentes e mais participativas capazes de produzir resultados satisfatórios em tais contextos.

O propósito reside em observar um projeto interinstitucional que demonstre mecanismos capazes de tornar as decisões judiciais mais democráticas, associando elementos de cunho social e estatal para a promoção da legitimidade democrática. Cabe dizer, respostas judiciais prolatadas com base no modelo de revisão judicial contida que estejam estruturalmente centradas na integração entre as instituições estatais e sociais.

¹⁹ VERMULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: the institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 58. No original: "interpretative choices".

Em hipóteses excepcionais, a corte poderia não apenas contrariar decisões políticas anteriores (Legislativo e Executivo), como também substituir ou acrescentar condições. O conteúdo declaratório de inconstitucionalidade de uma conduta (comissiva ou omissiva) passa a ser mensurada em certos níveis (total ou parcial).

Reflexos desse redesenho são perceptíveis na decisão judicial cujo acórdão passa a prever declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, declaração parcial de inconstitucionalidade, declaração conforme à constituição, modulação temporal dos efeitos decisórios, entre outras possibilidades. Frutos colhidos das novas demandas no tempo presente.

Sem dúvida é uma questão que demanda uma aproximação concreta para dimensionar seus conteúdos, sentidos e alcances. Diante de tal pretensão, o espaço de atuação judicial sob o qual se debruçará envolve a análise dos fragmentos empíricos da sentença T-025/2004²⁰ (*Desplazamiento forzado internos*) da Corte Constitucional Colombiana, com vistas a identificar o agir estratégico dessa corte constitucional.

3. Fragmentos empíricos de um agir estratégico a partir da sentença T-025/2004

Apontar para os fatos e para a realidade concreta é a tarefa proposta para essa seção. Antes, porém, compete justificar a escolha da mostra qualitativa para realizar a demonstração da hipótese que se pretende fundamentar. Leituras apressadas ou descontextualizadas poderiam sugerir inconsistências entre o arcabouço teórico, movimentado nas duas primeiras seções desse artigo, e o caso concreto proposto; julgamentos mais severos poderiam acusar até mesmo de um “sincretismo metodológico”.²¹

Conforme se sabe a Constituição colombiana (*Constitución Política de Colombia* de 1991) insere-se no chamado “novo constitucionalismo democrático latino-americano” que postula romper com o constitucionalismo tradicional ou

²⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Sentencia T-025 de 2004.**

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

hegemônico. Especificamente as teorias constitucionais originárias dos Estados Unidos da América e da Europa.²²

Esse argumento seria suficiente para colocar termo a empreitada proposta. No entanto, as teorias jurídicas contemporâneas procuram, cada qual ao seu tempo e modo, desestabilizar os discursos pré-estabelecidos, dentre os quais se destaca a suposta independência ou ponto inaugural (marco zero) de uma proposta constitucional sem qualquer espécie de contato com as teorias anteriores.

Disto se segue que não há teoria suficientemente pura. E, denunciar isso é o primeiro estágio para possivelmente alterar esse estado de coisas. Assim, a antinomia insolúvel converte-se, então, num conflito aparente. Há, sem dúvida, algumas contradições entre as teorias apresentadas, mas, também pontos convergentes que permitem aproximações interpretativas para justificar as opções metodológicas realizadas.

O traço em comum entre a teoria do controle judicial moderado e a atuação da Corte Constitucional colombiana, especificamente na sentença T-025/2004²³, é a necessidade de participação de outras instituições estatais e sociais para oferecer uma resposta judicial para o caso dos deslocamentos forçados internos realizados no território colombiano.

Antes de expor o conteúdo desse caso concreto, cabe consignar que cortes constitucionais não decidem em abstrato, menos ainda isoladamente. Deve-se situar uma decisão judicial em seu contexto histórico e normativo, para saber minimamente como determinada decisão se insere na tradição da corte e quais foram os impactos resultantes dessa atuação judicial.

Não se desconsidera que para estabelecer esse paralelo entre decisões e impactos os fatores endógenos e exógenos precisam ser levados em consideração. Caso contrário é acreditar que as coisas se alteram no plano fático apenas em virtude de uma decisão judicial, ainda que prolatada por uma corte constitucional. Em última instância, são as instituições que desempenham a

²² RODRIGUEZ, Diana Franco; RODRIGUEZ, Cesar Garavito. **Juicio alá exclusión**: el impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015. p. 23.

²³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Sentencia T-025 de 2004**.

função transicional entre a normatividade positivada nos textos jurídicos e as decisões judiciais e, dessa para as ações no plano fático concreto.

A experiência colombiana foi precursora na concepção de estado de coisas institucionais. Inegável, portanto, a originalidade nesse ponto. O aprendizado é outro aspecto que precisa ser ressaltado. No caso da superpopulação carcerária, decidida pela sentença T-153/1998²⁴, identificou-se a mesma Corte com uma postura mais impositiva e verticalizada.

Na sentença T-025/2004²⁵, foi estabelecido o debate sobre a atuação da Corte Constitucional colombiana na aplicabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais da população composta em sua maioria por negros e indígenas. Conforme demonstram Diana Franco Rodriguez e Cesar Garavito Rodriguez²⁶, os deslocamentos forçados perduraram desde os idos de 1946 fruto dos conflitos armados e produziram mais de cinco milhões de pessoas deslocadas. Eram (ou são) famílias inteiras que abruptamente são obrigadas a abandonar suas casas e terras e se deslocarem por causa da guerrilha interna naquele país.

Nesse quadro, a questão levada a apreciação da Corte foram as sistemáticas violações dos direitos e das garantias fundamentais previstas na própria constituição colombiana, bem como de direitos humanos em que a República unitária e descentralizada da Colômbia seja signatária.

Para a promoção de medidas institucionais estruturais, acredita-se que “os juízes possuem competência para exigir que um governo garanta pelo menos um nível mínimo de bem-estar material”.²⁷ Isso, contudo, não significa que devam fazer de modo verticalizado ou solipsista.

Dessa vez, a decisão judicial no caso dos deslocados internos contou com um efeito material-simbólico, primeiro para visibilizar a questão da violação de

²⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-153 de 1998**. Santa Fe de Bogotá, 28 de abril de 1998. Sala Tercera de Revisión, [n.p.]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acceso en: 19 jun. 2019.

²⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Sentencia T-025 de 2004**.

²⁶ RODRIGUEZ, Diana Franco; RODRIGUEZ, Cesar Garavito. **Juicio alá exclusión**: el impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global. p. 55.

²⁷ RODRIGUEZ, Diana Franco; RODRIGUEZ, Cesar Garavito. **Juicio alá exclusión**: el impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global. p. 31. No original: “los jueces tienen competencia para exigir a un gobierno que garantice al menos un nivel mínimo (‘núcleo’) de bienestar material”.

direitos e de garantias fundamentais e depois para assegurar a integração entre as políticas públicas voltadas para o enfrentamento dessa situação.

Os argumentos que depõem favoravelmente são: (i) os efeitos das intervenções da Corte Constitucional em casos estruturais e o procedimento adequado para sua justificação; (ii) um “ativismo dialógico”, caracterizado pela combinação entre direitos fortes, medidas judiciais moderadas e forte acompanhamento; (iii) mecanismos de monitoramento participativo (audiências públicas)²⁸.

Na oportunidade, a Corte Constitucional entendeu que as condições de “extrema gravidade e de vulnerabilidade da população deslocada” provocavam “múltiplas, massivas e contínua violações de direitos fundamentais”²⁹.

Os fatores que caracterizam o estado de coisas inconstitucional são: (i) a vulneração massiva e generalizada de vários direitos fundamentais; (ii) a omissão prolongada das autoridades competentes; (iii) práticas inconstitucionais; (iv) omissões legislativas e administrativas; (v) problemas sociais de inegável gravidade; (vi) congestionamento de ações judiciais³⁰.

Diante disso, foi declarado formalmente a existência de um estado de coisas inconstitucional, ou melhor, a Corte declarou “vários estados de coisas inconstitucionais”. A Corte Constitucional (*Sala Tercera Revisión*) emanou ordens simples e complexas, em matéria de deslocados internos, com o objetivo de verificar a omissão, parcial ou total, das autoridades públicas no que diz respeito a atenção integral a população afetada³¹.

A Corte constatou a existência de política pública destinada para o problema, bem como a existência de várias leis, decretos, resoluções, circulares, diretivas presidenciais, entre outros atos normativos. A sentença (expediente) fixou prazos para a concretização do direito ao retorno e reestabelecimento³².

²⁸ RODRIGUEZ, Diana Franco; RODRIGUEZ, Cesar Garavito. **Juicio alá exclusión**: el impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global. p. 86.

²⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Sentencia T-025 de 2004**.

³⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Sentencia T-025 de 2004**.

³¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Sentencia T-025 de 2004**.

³² REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Sentencia T-025 de 2004**.

Mais do que uma questão de desenho institucional envolve problemas com a capacidade das instituições.

Os níveis mínimos de proteção remetem ao “núcleo essencial” dos direitos fundamentais e a prestação material de medidas concretizadoras e asseguratórias destes mesmos direitos. Objetivamente, a parte dispositiva da decisão judicial consiste, precisamente, em vinte e três itens. Envolve a declaração formal do estado de coisas inconstitucional, a comunicação para vários órgãos³³, a determinação de medidas voltadas para áreas da educação e saúde, a revogação, modificação ou confirmação de mais de 100 (cem) expedientes relacionados a temática.

As decisões, não necessariamente as judiciais, adotadas entre 2005 até 2013, fornecem um conjunto amplo de indicadores que permitiram ao Executivo elaborar, seguindo as diretrizes da Corte Constitucional, uma série de medidas e a elaboração de leis específicas voltadas para atender as necessidades básicas de grupos indígenas e afrocolombianos.

Registra-se que o papel da Corte Constitucional foi no sentido de promover o diálogo, estabelecer prazos e acompanhar os resultados obtidos. Não foram identificadas posturas verticalizadas que arrogavam para a Corte o protagonismo de solução do conflito, mas, de outra sorte, uma postura de deferência e diálogo com outros atores.

Considerações Finais

A contribuição específica para a área do direito consiste na impossibilidade de uma concepção unitária em termos de interpretação constitucional, menos ainda de uma metodologia decisória para fins de determinação da postura institucional. Ao questionar se o modelo de revisão

³³ A sentença foi formalmente informada para o *Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, Ministro del Interior y de la Justicia, Ministro de Hacienda y Crédito Público, y al Director del Departamento Nacional de Planeación, Ministra de Relaciones Exteriores, autoridades nacionales y territoriales, Director de la Red de Solidaridad Social, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo*, entre outros. REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Sentencia T-025 de 2004.**

judicial e decisões contidas são capazes de fornecer respostas para temas constitucionais delicados, a resposta é afirmativa.

Nas primeiras linhas desse artigo viu-se algumas das transformações das estruturas teóricas, chamadas de redesenho institucional, que permitiram a alteração das funções das instituições tradicionais. Isso envolveu a jurisdição constitucional, desde sua utilização até mesmo o *modus operandi*. Dentro desse quadro, existe pelo menos duas formas de realização do controle judicial das leis e atos normativos: uma forma forte (centrada na figura do Judiciário) outra moderada (centrada na ideia de diálogos e na participação interpretativa).

Optou-se por investigar a aplicabilidade da forma moderada de controle judicial deparando-se com as dificuldades teóricas sobre uma decisão judicial menos invasiva; precedida de uma atuação da corte constitucional menos protagonista para fazer frente as situações de inegável gravidade constitucional.

Em sequência, viu-se que mesmo em tais situações, como foi o caso dos deslocados forçados internos na Colômbia, em virtude dos conflitos armados, uma resposta mais dialógica e menos vertical (impositiva) atendeu, em princípio as necessidades da situação analisada.

Por fim, compete registrar que a sentença judicial (T-025/2004³⁴), por si só, não foi capaz de colocar termo final ao grave problema de violação de direitos humanos e fundamentais. Essa questão permanece em aberto, mas o agir estratégico da Corte Constitucional colombiana demonstrou que no contexto analisado a autoridade compartilhada é o caminho para alcançar uma solução potencialmente adequada.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Sentencia T-025/04.**

Referências

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha. O leviatã togado: os 30 anos de protagonismo judicial e o devir constitucional. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEREIRA, Rodolfo Viana (Coords.). **Constituição, democracia e jurisdição um panorama dos últimos 30 anos**. Belo Horizonte: IDDE, 2018. p. 11-32.

BALKIN, Jack. What Brown teaches us about constitutional theory. **Virginia Law Review**, Virginia, v. 90, n. 06, p. 1.537-1.577. Oct. 2004.

BORGES, Alexandre Walmott; CORREA, Andrey Lucas Macedo; PINHÃO, Karina Guimarães. A democracia nas audiências públicas em controle de constitucionalidade concentrado no Brasil. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 22, n. 09, p. 29-49. Jan./abr. 2019.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trinta anos, uma constituição, três supremos: autorrestrrição, expansão e ambivalência no exercício da jurisdição. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEREIRA, Rodolfo Viana (Coords.). **Constituição, democracia e jurisdição um panorama dos últimos 30 anos**. Belo Horizonte: IDDE, 2018, p. 259-296.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. Adaptado ao Novo Código Civil. Lei n. 10.406, de 10-01-2002. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-153 de 1998**. Santa Fe de Bogotá, 28 de abril de 1998. Sala Tercera de Revisión, [n.p.]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acceso en: 19 jun. 2019.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-025 de 2004**. Bogotá D.C., 17 de junio de 2004. Sala Tercera de Revisión, [n.p.]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acceso en: 19 jun. 2019.

RODRIGUEZ, Diana Franco; RODRIGUEZ, Cesar Garavito. **Juicio alá exclusión**: el impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.

SCHAUER, Frederick F. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Massachusetts: Harvard University Press, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VERMULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: the institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.