



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

ANTÔNIO ÍTALO HARDMAN VASCONCELOS ALMEIDA

**HISTÓRIA E DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

JOÃO PESSOA

2018

ANTÔNIO ÍTALO HARDMAN VASCONCELOS ALMEIDA

HISTÓRIA E DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, para obtenção da qualificação. Área de Concentração: Direitos Humanos – Linha 02: Inclusão Social, Proteção e Defesa dos Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. José Ernesto Pimentel Filho.

JOÃO PESSOA

2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

A447h Almeida, Antônio Ítalo Hardman Vasconcelos.
História e direito no constitucionalismo
latino-americano: o estado de coisas inconstitucional /
Antônio Ítalo Hardman Vasconcelos Almeida. - João
Pessoa, 2018.
134 f. : il.

Orientação: José Ernesto Pimentel Filho.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.


1. Direito. 2. Constitucionalismo latino-americano. 3.
Pluralismo Jurídico. I. Pimentel Filho, José Ernesto.
II. Título.

UFPB/BC


A banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à qualificação em nível de Mestrado e julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Recomendação para publicação.

Prof. Dr. José Ernesto Pimentel Filho – Orientador e Presidente

Assinatura: 

Prof. Dr. Rômulo Rhemo Palitot – Membro Interno

Assinatura: 

Prof. Dr. Bianor Arruda Bezerra Neto – Membro Externo

Assinatura: _____

João Pessoa, ____ de ____ de 2018

Coordenador do Curso: Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges

“Onze anos atrás, o chileno Pablo Neruda, um dos brilhantes poetas de nosso tempo, iluminou este público com suas palavras. Desde então, os europeus de boa vontade — e às vezes aqueles de má vontade também — têm sido arrebatados, com cada vez mais força, pelas novidades fantásticas da América Latina, esse reino sem fronteiras de homens alucinados e mulheres históricas, cuja infinita obstinação se confunde com a lenda”

(Discurso de Gabriel Garcia Márquez quando do recebimento do Prêmio Nobel de Literatura em 1982)

AGRADECIMENTOS

Em todo o processo de formação e construção deste trabalho, não poderia deixar de agradecer a todos os que estiveram presentes, direta ou indiretamente, em cada parágrafo e linha.

A minha família, em especial Dona Vera Almeida, um exemplo de mãe, por todo suporte, amor e carinho que me inspiram dia a dia. Pelo companheirismo e amor de Caroline Vasconcelos, diante dos muitos dias e noites em que não pude estar ao seu lado. Em memória de Seu José e Dona Glória Hardman, não chegaria até aqui sem o afeto e os conselhos deles. Minha prima-irmã Amanda e meus tios por toda força dada ao longo da minha vida profissional.

Aos amigos (irmãos) de longa data, Igor, Davi, Gustavo, Edgley, João Luiz, Noé, Hermano e Cedric, nas muitas vezes em que tive de me fazer ausente nas ocasiões de reunião e confraternização.

Aos colegas da Linha 2 do Mestrado em Ciências Jurídicas, área de concentração Direitos Humanos, Henrique, Yulgan, Alana e Mamadu, que em pouco tempo ousei chamar de amigos e hoje não tenho dúvidas de que vou levar para sempre, por todo apoio, aconselhamento e companheirismo ao longo destes 2 anos.

Ao Professor Dr. José Ernesto Pimentel Filho, por ter ido além da mera orientação de um trabalho, sendo real orientador da minha vida acadêmica. Ao Professor Dr. Gustavo Rabay, por todo suporte na iniciação à docência, em nome de quem agradeço a todos os docentes, discentes e corpo técnico do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

HARDMAN, Antônio Ítalo. **História e Direito no Constitucionalismo Latino-Americano: o Estado de Coisas Inconstitucional**. 2018. f.__. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas / Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa.

Resumo: A presente dissertação tem como objeto o Estado de Coisas Inconstitucional e suas origens e raízes na América Latina. A investigação e a análise empreendidas estão baseadas em parâmetros da interdisciplinaridade inerente à História do Direito, utilizando como marco teórico os estudos de Antônio Carlos Wolkmer. Neste contexto, o ECI será analisado conforme o quadro-geral do neoconstitucionalismo andino ou novo constitucionalismo latino-americano, ou seja, um conjunto de práticas, valores e historicidade que proporcionaram um movimento de progressiva expansão de direitos na América Latina. O problema a ser analisado é: o Estado de Coisas Inconstitucional é instrumento decorrente e originário do novo constitucionalismo andino? E para tanto, a hipótese fundamental está formalizada no estudo histórico e comparado das constituições colombiana de 1991 e brasileira de 1988, demonstradas como exemplos perfeitos de um novo *modus* de criar, debater e instrumentalizar direitos e, principalmente, dar margem a uma proteção mais robusta de direitos humanos em âmbito regional.

Palavras-chave: Pluralismo Jurídico; Constituição Colombiana de 1991; Corte Constitucional Colombiana.

Abstract: The subject of this thesis is the legal concept of the unconstitutional State of Affairs (also said “of things”) as well as its Latin American roots. The investigation and analysis taken here were under interdisciplinary parameters commonly found in Legal History, using Wolkmer’s studies as a theoretical framework. In the context, it analyzes the unconstitutional state of affairs according to the bigger picture of New Andean constitutionalism or New Latin American constitutionalism, which is viewed as a set of practices and historical values that provided a progressive movement of right expansion in Latin America. It proposes the following problems for analysis: is the Unconstitutional State of Affairs an arising instrument from New Andean constitutionalism? For that, the hypothesis is shaped through a historical and comparative study of the constitutions of Colombia in 1991 and Brazil in 1988 as examples of a new *modus* of right proposition, creation, and law enforcement. Most importantly, the legal concept in discussion here gives room to a more robust protection of rights in the region.

Keywords: Juridical Pluralism; Constitution of Colombia in 1991; Colombian Constitutional Court.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

BVerfG – Bunderverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)

CCC – Corte Constitucional Colombiana

CORTE IDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos

ECI – Estado de Coisas Inconstitucional

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

USSC – United States Supreme Court (Suprema Corte dos Estados Unidos)

Sumário

INTRODUÇÃO	11
1. HISTÓRIA E DIREITO EM PERSPECTIVA	16
1.1 ENCONTROS E DESENCONTROS ENTRE AS DISCIPLINAS HISTÓRICA E JURÍDICA	16
1.2 HISTÓRIA E DIREITO NA AMÉRICA LATINA: O PRESENTE COMO OBJETO DE ESTUDO	19
2. POR QUE NA COLÔMBIA? UM CONTEXTO PARA O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	23
2.1 COLÔMBIA E UM CONTEXTO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL	23
2.2 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: UM FRUTO CONSTITUIÇÃO DE 1991	35
2.2.1 DIREITO INDÍGENA E DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM CONFORME A SUPREMA CORTE COLOMBIANA	37
2.2.1.1 CASO ENVOLVENDO A COMUNIDADE INDÍGENA DE EL TAMBO	41
2.2.1.2 SENTENÇA T-606/2001	43
2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO ANDINO: UMA PARÂMETRO COMUM AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	46
2.3.1 NEOCONSTITUCIONALISMO ANDINO: CONCEITO, ORIGENS, CARACTERÍSTICAS E INOVAÇÕES	48
2.3.1.1 QUASE SEMPRE UMA MESMA HISTÓRIA: PERÍODO COLONIAL LATINO-AMERICANO E A FORMAÇÃO CONSTITUCIONALISTA	53
2.3.1.2 INFLUÊNCIAS DA TEORIA PÓS-COLONIAL NO DESENVOLVIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO	62
2.3.1.3 TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE LATINO-AMERICANA E APLICABILIDADE SOBRE O MODELO NEOCONSTITUCIONALISTA ANDINO	64
2.3.2 PLURALISMO JURÍDICO: UM SINTOMA DO NEOCONSTITUCIONALISMO ANDINO	67
3. CRISE NA AMÉRICA: UM CAMINHO PARA O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	74
3.1 CRISE: EM BUSCA DE UM SIGNIFICADO QUALITATIVO	75
3.2 CRISE DO SISTEMA JURÍDICO	77
3.2.1 A CRISE DO MODELO WESTFALIANO DE ESTADO	78
4. TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	83
4.1 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA FACETA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO	84

4.2 DA COLÔMBIA AO BRASIL: A DOCTRINA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	87
4.2.1 OMISSÃO ESTATAL E PROTEÇÃO DEFICIENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	88
4.2.2 PODER JUDICIÁRIO, ATIVISMO JUDICIAL E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	97
4.3 UM CONCEITO PARA O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	105
4.3.1 OMISSÃO, VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS E GENERALIDADE: CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DO ECI.....	106
4.3.2 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL À BRASILEIRA: O FUTURO DO ECI NO BRASIL	115
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	124
REFERÊNCIAS	127

INTRODUÇÃO

Nesta dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, área de concentração Direitos Humanos, pretende-se lançar um olhar interdisciplinar sobre um fenômeno jurídico que começa a tomar parte no ordenamento brasileiro, tendo como referência a um sistema constitucional latino-americano particularmente apto a demonstrar um novo modelo de enfrentamento dos problemas e questionamentos em direitos humanos¹.

O ponto de partida é o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) e sua entrada no Brasil através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º. 347, perante o Supremo Tribunal Federal. Neste julgamento, o sistema carcerário brasileiro foi trazido como tema e objeto de uma declaração de persistente, generalizada e consistente inconstitucionalidade. Entretanto, o presente trabalho pretende ir além de uma mera análise de estirpe doutrinário-jurisprudencial do primeiro caso de consideração do ECI no Brasil. Pretender-se-á discutir os limites e desafios deste instituto perante o ordenamento brasileiro utilizando-se de instrumentos oferecidos pela história do direito. Portanto, o estudo documental e temporal será aprofundado acerca do Estado de Coisas Inconstitucional e da caótica situação do sistema carcerário na América Latina.

A primeira fronteira a ser ultrapassada é a delimitação da primeira parte da dissertação, ou seja, compreender em que panorama está inserido o objeto deste trabalho. A análise parte da construção histórica do Direito na América Latina, desaguando em duas constituições que estabeleceram um novo paradigma de consolidação e defesa dos direitos humanos. Por conseguinte, o método histórico possibilitará uma análise sobre a evolução dos instrumentos constitucionais de

¹ Existem variadas concepções e críticas em torno do conceito de direitos humanos. Boaventura de Sousa Santos (2001, p. 15), defende que “enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado – uma forma de globalização de cima para baixo (...). Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização de baixo para cima ou contra-hegemônica, os direitos humanos têm ser reconceitualizados como multiculturais”. Neste sentido, o conceito de direitos humanos utilizado neste trabalho parte desta concepção, notados não como um fim em si mesmos mas, essencialmente, como um meio para a emancipação individual correspondente a garantias mínimas universais.

fomentação de novos direitos e, acima de tudo, inserção de novos atores no jogo de poder latino-americano.

A hipótese fundamental está presente na escolha dos modelos constitucionais a serem analisados. As constituições brasileira de 1988 e colombiana de 1991 exercem um papel básico neste estudo. Foram escolhidas e trazidas por dois motivos específicos: a) podem ser caracterizadas e aproximadas ao chamado neoconstitucionalismo latino-americano ou neoconstitucionalismo andino, parâmetro contextual do objeto trabalhado; b) são as duas constituições latino-americanas que deram oportunidade às primeiras declarações de estado de coisas inconstitucional.

Nesta linha de pensamento, as aproximações entre Direito e História serão a base para a formulação deste olhar interdisciplinar sobre o fenômeno constitucionalista que precedeu, e deu motivo, para o nascimento do ECI como instrumento de defesa dos direitos humanos. Sem sombra de dúvidas estaremos caminhando conforme os ditames da chamada “Nova História”, ou seja, uma proposta de investigação e estudo dos eventos não através da mera análise das condutas e atitudes oficiais, mas sim dentre as entrelinhas da oficialidade documental. Portanto, é partindo dos ditames da Escola dos Annales e de toda a proposta de uma reformulação na compreensão dos eventos e seu impacto nos sistemas social, político e econômico, que tomaremos por *munus* um objeto jurídico apto a ser estudado por um método naturalmente histórico.

Conforme ressaltado acima, nesta dissertação toma-se como proposta o ideal de uma singular cultura jurídica matriz formadora de um ordenamento jurídico particular na América Latina, a realidade latino-americana é o ponto de partida para a comprovação de determinados institutos e fatores que têm idiossincrático nascedouro, e por conseguinte desenvolvimento, em terras latinas. E se está em debate um especial e particular modo de desenvolvimento do Direito no âmbito latino-americano é muito devido a uma comum história latino-americana. História essa povoada por uma colonialidade de marcantes e notáveis consequências contemporâneas. É possível notar em muitos problemas e desafios na efetivação dos direitos humanos dentro da América Latina, a reprodução de práticas e noções decorrentes da mentalidade colonial. Porém, é também desta problemática que surge a oportunidade de criação de um pensamento originalmente emancipatório. Como Wolkmer (2000, p. 21) muito bem lembra: “uma

pensamento libertador latino-americano que se define por uma luta teórico-prática contra uma situação sócio-política de dominação, opressão, exploração e injustiça.” Tudo isto para compreendermos o espaço geográfico, jurídico e social que deu espaço para um novo método de julgamento e consolidação de direitos.

Por assim dizer, a primeira parte deste estudo estará restrita a uma investigação da situação do ordenamento jurídico antes da emergência das primeiras declarações de estado de coisas inconstitucional. Entendendo o constitucionalismo latino-americano, tendo por substrato a investigação dos componentes e características básicas deste modelo constitucional, podemos compreender melhor o que é o ECI e como tende a inovar e renovar os estudos sobre as Américas e os Direitos Humanos. É conforme este momento que traremos as primeiras respostas para o problema fundamental trazido: o Estado de Coisas Inconstitucional está vinculado ao constitucionalismo latino-americano, sendo decorrência direta de um contexto de particular crise na América Latina?

A segunda fronteira a ser transpassada refere-se à constante possibilidade de interação dos sistemas jurídicos latino-americanos na resolução de problemas comuns. Em outras palavras, além da já consagrada manutenção do sistema regional de proteção dos direitos humanos nas Américas, por meio da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, propõe-se que a interação dos modelos e das práticas internas de proteção dos direitos humanos, sem a intervenção de uma Corte internacional, por exemplo, e sob a grande atuação de órgãos ou entidades particulares de defesa de direitos humanos, pode representar um novo marco na proteção internacional dos direitos humanos.

É neste momento que se traz a nascente doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional e sua utilização como meio de fornecimento de respostas a nossa hipótese: o Estado de Coisas Inconstitucional, instrumento diretamente decorrente do constitucionalismo latino-americano, é fruto de um novo *modus* de enfrentar os problemas em direitos humanos, conforme uma reestruturação da interação político-jurídica. A investigação recai sobre o paradigma latino-americano, segundo o qual, as várias crises enfrentadas desde o período colonial terminaram por fazer surgir ousadas e vanguardistas ferramentas de defesa de direitos humanos.

Para tanto, será necessário adentrar no direito comparado para procurar entender e responder se é possível notar uma similaridade e um compartilhamento de instrumentos de defesa dos direitos humanos na América Latina, conforme o marco do neoconstitucionalismo andino. A partir da ideia de que vivemos em um ambiente jurídico-normativo propício às trocas de experiências e modelos, muito devido a um passado que nos tange para um futuro comum, será possível investigar o direito na América Latina e suas perspectivas, sendo necessário um recorte metodológico para conformação aos objetivos do próprio trabalho. Portanto, ultrapassadas estas duas fronteiras supracitadas pretendemos observar um ordenamento latino-americano voltado para novas soluções, medidas e pensamentos na defesa e proteção de direitos.

Desde logo, abrimos pequeno parênteses alertando ao leitor para que nenhuma confusão seja feita. Como muito bem alerta Jorge Capizo (2006, p. 267), Direito Constitucional Comparado Latino-americano e Direito Constitucional Latino-americano são conceitos diversos. O primeiro estaria consubstanciado no conhecimento dos diversos direitos constitucionais dos países integrantes da região, tendo por objetivo o aperfeiçoamento dos sistemas constitucionais dos Estados. Já o segundo traz a ideia das instituições e organismos supranacionais criados através de tratados e convenções internacionais, tendo por objetivo o amadurecimento de um Direito Comunitário na América Latina com estrutura não coincidente com o dos países integrantes. Os objetivos deste trabalho estão melhor conformados com a primeira acepção citada.

O grande exemplo desta nova forma de defesa dos direitos humanos está exatamente dentro do primeiro caso brasileiro de ECI. Identificamos a intervenção de clínicas de Direitos Humanos na proposição de um instrumento já utilizado no âmbito de ordenamento estrangeiro. Portanto, entidades de defesa dos direitos humanos têm sido utilizadas como canal de comunicação entre os ordenamentos e fortalecem a proteção interna dos direitos humanos, tanto quanto outras ferramentas como, por exemplo, o chamado diálogo das cortes.

Assim, pode-se estar a presenciar um novo ciclo nos meios e instrumentos de defesa dos direitos humanos. Ao lado de qualquer discussão ou celeuma teórica entre relativistas ou universalistas, entre os que defendem a supremacia da soberania ou

daqueles que pensam por um mundo com menos fronteiras, fato é que a América Latina está dando exemplo de que as reais soluções passam ao largo destas contendidas, podendo ser muito bem compatibilizada a ideia de observância dos preceitos e reações internacionais em matéria de direitos humanos, com a afirmação das instituições jurídicas internas. Tudo isto evidenciado por um espaço comum latino-americano.

Depois de apresentadas as justificações teóricas, o problema, hipótese e objetivos do trabalho, será listada metodologia utilizada para a análise dos dados. Parte-se de uma metodologia dedutiva para chegar ao cerne do problema enfrentado, ou seja, trazendo os panoramas gerais da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional e da Teoria do Neoconstitucionalismo latino-americano para desaguar em um ponto de encontro fixado a partir de uma análise histórico-constitucional. A essência da pesquisa estará na coleta de dados para compreensão da natureza qualitativa do objeto. Primeiro, serão utilizadas fontes secundárias e a produção bibliográfica que ronda a temática. De início, a doutrina que dá base ao ramo disciplinar do constitucionalismo latino-americano fomentará o entendimento sobre suas características e conformação ao objeto fundamental do trabalho. Posteriormente, as doutrinas colombiana e brasileira darão critério para a compreensão do objeto central da dissertação, justificando a utilização da pesquisa bibliográfica como meio de aplicação da documentação indireta (dentro do contexto doutrinário brasileiro será central a utilização da obra “Estado de Coisas Inconstitucional” de Carlos Alexandre de Azevedo Campos; já no panorama colombiano utilizar-se-á, principalmente, do livro *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia* de César Rodríguez Garavito) para a resolução da problemática comum.

A documentação direta será inserida pontualmente como meio de verificação do desenvolvimento e aplicabilidade dos institutos referenciados. Assim, o texto das Constituições colombiana de 1991 e brasileira de 1988, tanto quanto decisões da Corte Constitucional Colombiana: Sentença T-62910, Sentença T-254 e Sentença T-606, darão suporte para os fatores sustentados por meio do estudo da documentação indireta. Nesta linha, a pesquisa descritiva dará oportunidade para a compreensão das razões históricas e jurídicas deste modelo constitucionalista, e assim, uma própria percepção do porquê do Estado de Coisas Inconstitucional ser um produto tão necessário para a evolução dos Direitos Humanos na América Latina.

1. HISTÓRIA DO DIREITO EM PERSPECTIVA

1.1 ENCONTROS E DESENCONTROS ENTRE AS DISCIPLINAS HISTÓRICAS E JURÍDICAS

Iniciamos o presente capítulo por uma pergunta fundamental: É possível falar de Direito sem História², ou mesmo é plausível pensar em História sem Direito? Basta recorrer aos manuais e cursos jurídicos para perceber a grande influência dos estudos históricos, afinal como falar de um fenômeno jurídico sem antes anotar o desenvolvimento histórico e social que lhe concedeu contexto e espaço. Por outro lado, os textos históricos nunca subestimaram a influência do poder normativo na consolidação de sociedades e cultura. Logo nos incorre estabelecer os pontos de encontro e desencontro entre as presentes matérias, comparando em que facetas mais se aproximam e em quais outras ganham maior distanciamento.

Tanto o Direito como a História são produtos de uma observação social. Como assinalou Marc Bloch (2001, p. 54) “o objeto da história é, por natureza, o homem”, o que pode hoje bem ser atualizado para a ideia de que pessoas são o centro da investigação histórica. Já o Direito pode muito bem ser compreendido como um “fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade” (REALE, 2002, p. 2). Tanto o desenvolvimento do saber histórico como o avanço normatizador do direito são dependentes de uma conjuntura social que lhes dê substrato, sendo, portanto, disciplinas aptas a um estudo da humanidade em perspectiva com seus semelhantes.

Ademais, História e Direito possuem também uma teleologia relacionada à uma reiterada contraposição entre a legitimação e a crítica dos sistemas e explicações que compõem a sociedade. Como observa George Browne Rego, “ambos podem

² A concepção de História utilizada neste trabalho é conforme a noção de uma Nova História. Neste sentido pontua a historiadora paraibana Elza Regis de Oliveira (2012, p. 47): “Não podemos aludir à nova história sem nos referirmos aos *Annales*, uma vez que estão intrinsecamente ligados, desde a origem. Em 1929, em Estrasburgo, na França, Lucien Febvre e Marc Bloch fundaram a revista de história *Annales*, veículo das novas ideias. Ambos pertenceram à Universidade de Estrasburgo. Foi lá que se desenvolveu o espírito da interdisciplinariedade”. A opção feita destaca-se por ser o espaço dado pela disciplina histórica para a inserção de diálogos com outras disciplinas, dentre elas o próprio Direito: “A interdisciplinariedade constitui núcleo central dos *Annales* e da *nouvelle histoire*, marco da renovação dos estudos de história. O recurso à interdisciplinariedade é uma forma de convivência entre as ciências, no sentido de romper as fronteiras que separavam uma das outras” (OLIVEIRA, 2012, p. 50).

desempenhar tanto uma função legitimadora quanto crítica acerca da cultura e do sistema jurídico.” (REGO, 2012, p. 3) Tanto a história quanto o direito são utilizados como discursos naturalizadores do poder e do domínio, e desta percepção surgiram variadas teorias, escolas e segmentos aptos a uma crítica das funções e objetivos tanto de historiadores quanto de juristas na manutenção do *status quo*.

Há ainda de ser feita referência como se dará a utilização da história por juristas e historiadores, porém, neste caso específico, talvez possamos perceber alguma diferença notável. Como destaca George Galindo (2015, p. 341), o uso da história pelo jurista não especializado em Teoria e História do Direito tende a se caracterizar por objetivos mais práticos do que quando comparado ao mesmo uso feito pelo historiador. A história, nas mãos de um jurisconsulto, tende a ser manejada no enrijecimento de um argumento ou fundamentação da defesa de um ponto de vista, ou seja, o jurista lança seu olhar sobre o passado em busca de colmatar ou completar uma arguição no presente; já o historiador não busca na história a complementação de um argumento de autoridade.

Deste ponto é que o jurista não pode terminar por cair nas intemperanças decorrentes de um uso demasiado instrumental do discurso histórico sem compreender o campo jurídico adequadamente em que se localiza a História do Direito como área jurídica. “A verdade é que é virtualmente impossível fazer história sem qualquer tipo de teoria” (GALINDO, 2015, p. 347). Por conseguinte, se não existe história sem teoria, não há uso da história sem o cuidado de remissão aos pilares teóricos que lhe são inerentes. E, por final, este caminho teórico a ser tomado deve sempre basear-se em um “método que desconstrói e historiciza todas aquelas interpretações que têm pretensão à certeza e não que questionam suas próprias condições de produção” (JENKINS, 2007, p. 105). A História do Direito é um campo disciplinar próprio da Ciência Jurídica sendo-lhe inerente a expertise nos conhecimentos históricos, a doutrina jurídica pertinente à tópica em investigação e a dogmática, mas não está ela isenta das características do conhecimento histórico descritas por Keith Jenkins: define-se enquanto epistemologia, método e ideologia. São numerosos os pontos de junção entre Direito e História. O ofício é um só, o de historiador do direito que com propriedade e

formação de historiador – de maneira híbrida³ ou exclusivamente em escolas de direito – é um jurista.

A busca por este ponto de encontro fundamental entre Direito e História nos leva até a Alemanha oitocentista e grande profusão de estudos e pesquisas envolvendo desde a História até a Política e a Filosofia. A partir deste momento, são formadas variadas escolas históricas: “a escola Rankeana e Humboldtiana, a escola de Niebuhr (...), a escola filológica de Böckh e de Grimm, a escola romântica de Goethe e Novalis, a escola histórica do Direito de von Savigny” (BENTIVOGLIO, 2010, p. 33).

A História do Direito está diretamente ligada à Escola Histórica do Direito, nascida por volta do ano 1840, que teve por um de seus principais expoentes Friedrich Carl von Savigny. A Escola Histórica do Direito decorre de uma preocupação com a natureza científica da disciplina jurídica diante de sua característica fundamental, a mutabilidade. Como compreende Ferraz Júnior (2003, p. 70), a historicidade do direito surge como resposta aos questionamentos gerados pela positivação. Para Savigny, um dos pais da Escola Histórica do Direito, não é a lei que será objeto primordial da análise feita pelo jurista, mas sim a convicção que fez gerar tal lei, ou seja, o espírito do povo, pois este sim é a fonte originária do direito, que por sua vez dá sentido histórico a um direito em constante transformação (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 70).

Portanto, a origem do direito não estaria no ofício do legislador, mas em uma essência ou substância que conduz o desenvolvimento do direito na história, entretanto, esta raiz imutável (espírito do povo) é adaptável às transformações, porém, sem perder seu eixo. Exemplarmente, o direito germânico teria por estirpe espiritual o direito romano (ENDERLE, 2005, p. 113). Por assim dizer, a Escola Histórica pugnava por uma acepção científica do Direito baseado na História. A lei acompanharia o decorrer evolutivo da sociedade em que está firmada, porém, tendo por fonte base histórica que não poderia ser modificada, mas apenas adicionada a novos objetos. “A lei é algo que representa uma realidade cultural – ou, para evitarmos a palavra cultura, que ainda não

³ As formações híbridas são daqueles profissionais da área jurídica que tiveram graduação em História e em Direito, ou ainda mestrado, doutoramento ou pós-doutoramento em História. Enquanto esses perfis se formam no Brasil, nos Estados Unidos e na Europa é possível ser historiador do Direito com formação exclusiva em escolas jurídicas especializadas no campo jurídico da História do Direito, muito embora a evolução da expertise da história de ofício tenha levado a muitos pesquisadores-juristas buscarem formação de mestrado ou doutorado em escola de História.

era empregada nesse sentido – era uma realidade histórica que se situava, por conseguinte, na progressão do tempo” (REALE, 2002, p. 282).

A Escola Histórica, entretantes, não esteve avessa a críticas das mais diversas. Uma delas proposta por Eduard Gans, inspirado no historicismo metafísico de Hegel, que colocou em cheque o determinismo, o positivismo histórico e a limitação implícita na visão histórica feita pelos seguidores de Savigny. O direito, especificamente o direito comparado, foi estimulado por Gans pois, na sua compreensão, a história deveria ultrapassar a mera análise dos fatos passados e tomar por objeto o presente (CONSTANTINESCO, 1998, p. 110). A definição de História afasta qualquer ídolo das origens, dizia Marc Bloch. O passado é inalcançável – diz Keith Jenkins. O apego idólatra do passado pode ser uma paixão popular, mas não define a história profissional. Foi esse apego que levou muitos superficiais a fazer descrédito da história, pois o profissional não cede ao gosto do senso comum e a matérias sem interdições, dentre elas a de remeter tudo ao Código de Hamurábi (OLIVEIRA, 2004, p. 137). História é problema, não é estudo do passado.

1.2 HISTÓRIA E DIREITO NA AMÉRICA LATINA: O PRESENTE COMO OBJETO DE ESTUDO

Ressaltamos no tópico anterior o quanto História e Direito dialogam na intenção e teleologia fundamental de investigar os percursos e os caminhos de uma sociedade. O presente transforma-se em objeto comum de historiadores e juristas na construção de teorias, modelos e explicações para as mais diversas problemáticas, colmatando espaços em vazio, garantindo reparações e, por fim, entregando uma certa noção de justiça. Também se demonstra a funcionalidade do direito comparado nesta intersecção disciplinar, sendo a partir dele que podemos exercer uma fusão dos instrumentos históricos e jurídicos na ampliação de ambos os saberes.

Se já determinamos uma seara dogmático-teórica, ou seja, demonstrando a os parâmetros de aproximação do tema a partir da História do Direito, agora, é cabível exercer uma determinação do âmbito geopolítico a ser estudado, por assim dizer, é o momento de abordar o método comparativo aplicado à América Latina.

Inicialmente, uma pergunta é inerente ao presente tópico: é possível afirmar a falência de um modelo de Direito na América Latina? Esta pergunta em muito decorre de constatações históricas e sociológicas. Ao observar a América Latina conforme um recorte pela sua média duração (ou mesmo pela sua curta duração), isto conforme a teoria braudeliana⁴ das durações, é factível discernir que este continente é reiteradamente chagado por uma instabilidade política e jurídica de graves consequências para a sociedade como um todo. E isto comparece como um convite à comparação. Por assim dizer, é esta mesma condição de crise que torna a América Latina tão atraente para um estudo histórico-jurídico.

Conforme anota Jorge Esquirol (2016, p. 259), a ineficácia do direito estatal, a corrupção e ineficiência da estrutura jurídica e a inaplicabilidade do Estado de Direito são afirmações de que o direito na América Latina fracassa em diversos aspectos. A passagem do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito fez renascer a esperança no combate de determinadas práticas e vivências, porém, nem mesmo a redemocratização conseguiu estimular uma transformação concreta. Paulo Pinheiro (2000, p. 11) destaca que no período das transições democráticas latino-americanas, por volta dos anos 80, existia a esperança na consolidação do Estado de Direito, tanto quanto a expectativa pela proteção dos direitos humanos aos dissidentes dos períodos ditatoriais, e sua extensão para todo cidadão. Entretanto, os governos civis mantiveram práticas autoritárias e o este autoritarismo resiste mesmo diante dos valores democráticos e adentra, principalmente, nos aparelhos estatais de controle da violência e do crime.

⁴ Em sua obra *O Mediterrâneo e o mundo mediterrâneo na época de Filipe II*, Fernand Braudel explica sua teoria sobre as durações da história realizando a divisão entre longa, média e curta duração. “A primeira trata de uma história, quase imóvel, que é a do homem nas suas relações com o meio que o rodeia, uma história lenta” (BRAUDEL, 1995, p. 11). “A primeira parte de O Mediterrâneo... é fundada na longa duração, principal das durações distinguidas por Braudel” (CRACCO, 2009, p. 59). Em segundo momento está a média duração: “acima desta história imóvel, pode distinguir-se uma outra, caracterizada por um ritmo lento: se a expressão não tivesse sido esvaziada do seu sentido pleno, chamar-lhe-íamos de bom grado história social, a história dos grupos e agrupamentos” (BRAUDEL, 1995, p. 11). E, por último, a curta duração da história é aquela determinada pelos acontecimentos cotidianos. “E, finalmente, na terceira parte, a da história tradicional, necessária se pretendemos uma história não à dimensão do homem mas do indivíduo (...) isto é, a da agitação de superfície, as vagas levantadas pelo poderoso movimento das marés, uma história com oscilações breves, rápidas, nervosas (...). É necessário desconfiar desta história ainda quente, tal como os contemporâneos a sentiram, descreveram e viveram, segundo o ritmo de suas próprias vidas, breves como a nossa” (BRAUDEL, 1995, p. 12).

Tudo isto termina por aproximar muito as realidades latino-americanas para uma conjuntura que permanece tendo uma certa natureza comum, em outras palavras, o passado e o presente dos países latino-americanos, ainda que seja possível deter algumas peculiaridades em uma ou outra realidade, parece seguir a passos uniformes reiterando erros, porém, também alcançado acertos pontuais. Neste diapasão, “o direito fracassado da América Latina é antes de mais nada um discurso que facilita os projetos de reforma” (ESQUIROL, 2016, 260).

Muito disto pode ser compreendido quando analisadas determinadas medidas tomadas quanto às populações indígenas. Conforme observado por Paulo Pinheiro (2000, p. 20):

Durante a década passada, um grande número de países latino-americanos adotou reformas constitucionais ou novas Constituições que incluíram novas cláusulas a respeito dos direitos das populações indígenas. Essas medidas foram o resultado de consideráveis debates e pressões feitas por organizações da sociedade civil e grupos de apoio.

Assim foi, por exemplo, com as Constituições de 1988 (CF/88) e 1991, respectivamente, brasileira e colombiana⁵. Não muito diferente ocorreu quando da utilização do Estado de Coisas Inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, fruto da ação de grupos de pressão na proteção dos direitos humanos da população carcerária brasileira. Tal aparente dicotomia, entre um direito dito como fracassado e ao mesmo tempo em evidente evolução na América Latina, pode ser explicado quando analisado o panorama dos ordenamentos e o sentido dado na consolidação de direitos.

Não obstante tudo o que foi dito acima, o ideal de um direito fracassado tem muito mais o perfil de uma estratégia de política jurídica do que de uma realidade inerente à América Latina, justificando o elemento argumentativo básico do reformismo. Em suma, participar do jogo mudando as regras do próprio jogo (ESQUIROL, 2016, ps. 262-264). É deste ideal que o presente trabalho tenta afastar-se da pré-compreensão de uma generalizada e absoluta falência do Direito na América Latina, perseguindo uma investigação sobre os contextos de crise do Estado e do Direito e suas consequências na consolidação de institutos e referenciais para a superação das problemáticas. Em suma, é possível falar que da crise, na América Latina, surgem

⁵ Discutimos mais detidamente sobre o indígena na Constituição de 1991 no tópico 2.2.1.

práticas e ferramentas de benéfica utilização na defesa de direitos, sem, no entanto, fechar os olhos para as inúmeras disfuncionalidades exercidas até mesmo dentro destes positivos novos parâmetros.

Por um lado, pode ser observado um processo de falência do modelo oficial e institucional de garantia de direitos – levando em conta a tradicional doutrina da separação dos poderes – muito devido a uma ineficiência ou letargia estatal na preservação de direitos ou mesmo na prevenção de conflitos de ampla consequência sobre direitos humanos. Por outro lado, há uma manifesta ampliação dos moldes não-oficiais de reivindicação de direitos através da sociedade civil e seus mecanismos de participação político-judicial. Portanto, a prática latino-americana demonstra que, de fato, não estamos diante de um direito fracassado, mas sim de um direito em constante transformação, ou seja, um direito que não depende da tradicional estrutura constituída para ser posto em discussão. “Essa representação do direito latino-americano como fracassado é ao que me refiro como sendo ficção (...) uma noção que serve a um propósito específico” (ESQUIROL, 2016, p. 265).

O Judiciário, ao sair do padrão estabelecido e das conformações oficiais que terminavam por referenciá-lo como parte do problema, passa a ser parte integrante de uma solução e é utilizado como canal apropriado para as mudanças. Porém, o preço pago parece ser alto demais diante da crise institucional permanente gerada por um conflito de poderes. O direito achou seu modo latino-americano de ser e de conviver com as problemáticas latino-americanas, porém, terminou por ser um dos atuais determinadores de uma dificuldade que acompanha os países do continente desde muito tempo: a instabilidade política.

É como parte representativa deste direito latino-americano que o ECI permanece. Já visto em que cenário teórico pode ser visualizado e utilizado, parte-se para a delimitação de seu processo de configuração e contexto, desde o ordenamento colombiano até a chegada ao judiciário brasileiro. Confirmando sua atuação como parte do direito comparado latino-americano.

2. POR QUE NA COLÔMBIA? UM CONTEXTO PARA O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

2.1 COLÔMBIA E UM CONTEXTO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Apesar dos ordenamentos brasileiro e colombiano terem vivenciado um passado marcado por grandes diferenças nos processos colonizadores lusitano e espanhol, há uma importância atual geopolítica de construção de um futuro comum. Esta sensibilidade se construiu historicamente a partir do pós-guerra, com a criação de um espaço pós-colonizador intitulado de América Latina. Como Antônio Carlos Wolkmer (2011, p. 153) pontua, o novo constitucionalismo⁶, para muitos apelidado de neoconstitucionalismo andino, nascido de mudanças políticas e processos constituintes, tem por força paradigmática e pioneira as Constituições brasileira de 1988⁷ e colombiana de 1991. Ainda na segunda metade do século XIX, enquanto os Estados Unidos emergem como nação do trabalho livre e do liberalismo, as outras Américas vão ficando para trás, de forma a possibilitar o reconhecimento longo e ainda incerto das chamadas identidades latino-americanas.

Na conjuntura destas aproximações também está o objeto do presente trabalho. É no âmbito da Corte Constitucional Colombiana que vamos ter o primeiro caso oficial de declaração de Estado de Coisas Inconstitucional. Neste primeiro capítulo, vamos adentrar mais detalhadamente sobre todas as declarações procedidas no ordenamento

⁶ O termo constitucionalismo denota a construção de modelos político-jurídicos baseados no respeito a um pacto fundamental entre governados e governantes (constituição, seja ela escrita ou não escrita). Porém, uma concepção moderna de constitucionalismo vai além da mera existência de uma carta cidadã, passando a uma análise de sua aplicação e eficácia. Neste sentido, diz Barroso: “constitucionalismo significa, em essência, limitação de poder e supremacia da lei (Estado de Direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira. Há pelo menos um caso notório em que o ideal constitucionalista está presente independentemente de Constituição escrita – o do Reino Unido – e outros, muito mais numerosos, em que ele passa longe, apesar da vigência formal e solene de Cartas escritas. Exemplo inequívoco é o fornecido pelas múltiplas ditaduras latino-americanas dos últimos quarenta anos. Não basta, portanto, a existência de uma ordem jurídica qualquer. É preciso que ela seja dotada de determinados atributos e que tenha legitimidade, a adesão voluntária e espontânea de seus destinatários”. (Barroso, 2016, p. 31)

⁷ Há posição doutrinária que retira a Constituição brasileira de 1988 do contexto do novo constitucionalismo latino-americano. Sintetizando as alegações nesta toada, Clara Cardoso Machado Jaborandy e Matheus Macedo Lima Porto (2017, p. 196) apontam que “sua Assembleia Constituinte não atende aos preceitos da soberania popular, isto é, nossos constituintes não foram escolhidos pelo povo. Foram constituintes aqueles que já estavam constituídos, por força da dicção do art. 1º da Emenda Constitucional n. 26, de 17 de novembro de 1985”. Neste sentido: PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latino-americano. **Gaceta constitucional**, v. 48, 2011. Optamos por seguir a linha de pensamento de Antônio Carlos Wolkmer (2013c, p. 30), defendendo a natureza neoconstitucionalista latino-americana da Carta brasileira de 1988.

colombiano pretendendo identificar as particularidades de cada caso e, acima de tudo, como terminam por fundamentar uma natureza *sui generis* para este instrumento de defesa dos direitos humanos. Esta volta ao processo de configuração ilumina a possibilidade de utilização do ECI em qualquer outro ordenamento e, principalmente, em situações análogas às enfrentadas no contexto colombiano, ordenamento em que foi mais experimentado e sofreu maior evolução jurisprudencial.

No ano de 1997, nasce a primeira declaração advinda da SU-559 (Sentencia de Unificación nº. 559) na Corte Constitucional Colombiana. Mas, antes de mergulhar neste primeiro caso e suas especificidades, é preciso compreender um pouco mais sobre o constitucionalismo colombiano e que Constituição é esta que está sendo utilizada como paradigma para o primeiro ECI.

O ordenamento colombiano foi povoado por uma série de constituições entre os séculos XIX e XX, dentro do chamado período republicano da Colômbia. O constitucionalista Manuel Fernando Quinche Ramirez (2009, p. 37) faz uma anotação sobre a noção de uma aparente estabilidade constitucional durante o século XX e, por conseguinte, uma constante mutabilidade no século anterior:

En primer lugar, ocho textos constitucionales fueron expedidos durante el siglo XIX. Si se atiende al número y a la época de su expedición, podría acogerse la idea de un convulso siglo XIX, frente a un aparentemente estable siglo XX. Más aún, la falsa idea de un muy estable siglo pasado podría ser aún reforzada, al considerar la prolongada vigencia de la Constitución de 1886 y sus 105 años de duración.

A conjuntura de constantes transformações político-institucionais na América Latina é uma grande proporcionadora de tamanha profusão de cartas políticas, como semelhantemente ocorre no Brasil, e não poderia ser diferente dentre os colombianos. Conforme ressalta Ricardo Zuluaga Gil (2014, p. 113): “la inestabilidad constitucional ha sido pues un elemento característico de nuestro discurso constitucional que se remontan incluso a nuestra Constitución fundacional.” Particularmente, a história colombiana é notada por uma permanente situação de crise política pois, desde o século XIX, o país era administrado conforme um sistema político bipartidário entre liberais e conservadores. As rivalidades entre os dois grupos inevitavelmente conduziam a constantes guerras civis (PRADO; PELLEGRINO, 2016, p. 132).

As primeiras constituições republicanas de 1821 e 1830 representavam a tentativa de executar-se o sonho bolivariano da Grande Colômbia, território que hoje é dividido entre Colômbia, Venezuela, Equador e Panamá. Por outro lado, as três seguintes, 1832, 1843 e 1853, compreendem o estabelecimento do primeiro sistema centralista e as duas seguintes, 1858 e 1863, encarnam o projeto federalista. Finalmente, com as constituições de 1886 e 1991 é incorporado, definitivamente, o modelo de Estado Unitário (QUINCHE RAMÍREZ, 2009, p. 38).

A instabilidade política e jurídica será marca fundamental na formação da nação hoje conhecida por Colômbia durante todo o século XIX. Um fator de tal instabilidade estaria na baixa densidade demográfica e extremo acirramento político na luta pelo controle regional. O problema do despovoamento, já existente desde os tempos coloniais, tornará ainda mais caótica a situação da tentativa de união após a independência, portanto, a Colômbia sofrerá com uma profusão de organizações territoriais além de intermitentes guerras civis (CUNHA, 2014, p. 23). Desde a Grande Colômbia, passando pela República de Nova Granada até os Estados Unidos da Colômbia e posterior consolidação da República da Colômbia, os políticos colombianos sempre tiveram por desafio a concretização de um projeto realmente de unificação do poder espreado dentre as muitas famílias e regiões componentes do que seria, no futuro, o Estado colombiano.

Quando de uma análise mais detida da história constitucional colombiana, tomando por referencial o período de vigência de cada uma das constituições do período republicano, é possível inferir que o período de maior estabilidade foi aquele sob a Constituição de 1886, período em que a lei fundamental foi vigente por 105 anos até a atual constituição de 1991. Entrementes, nem tudo é que parece e severas críticas são feitas a tal noção e isto se deve à conjuntura histórica do período. De 1886 a 1930, a Colômbia viveu período de excepcionalidade constitucional, expressa esta na limitação de direitos e garantias individuais; ao mesmo tempo, o art. 38 da Carta Constitucional trazia uma militante confessionalidade católica ao Estado. Por último, vivia-se sob uma ditadura partidária conservadora (GIL, 2014, p. 115⁸)

⁸ “Entre 1886 y 1930 en Colombia se vivió bajo una situación de absoluta excepcionalidad constitucional, que se expresaba en la limitación de derechos y garantías individuales; por su parte, el Estado practicaba

É durante a vigência da Constituição de 1886 que ocorrem dois dos eventos mais sangrentos da história colombiana. Em 1899 tem início a chamada Guerra dos Mil Dias e, de 1948 até 1958, a Colômbia foi marcada pelo período chamado de “A Violência”. A Guerra dos Mil Dias foi uma contenda civil ocorrida durante o governo conservador de Manuel Antônio Sanclemente diante da revolta exercida pelos liberais ao programa de governo baseado em pesados impostos, censura e alto controle do governo central e pouco incentivo ao comércio de café, área esta dominada pelos fazendeiros liberais (CUNHA, 2014, p. 66). Já o período “A Violência” é iniciada com o assassinato do líder liberal Jorge Eliécer Gaitán, nome cotado para a presidência da república nas eleições de 1950 e representante de ideais vinculado a uma ampliação das reformas sociais, uma série de revoltas, protestos e até conflitos armados cominaram com a suspensão das garantias constitucionais e o fechamento do Congresso em 1949. A instabilidade continuou até 1958 com um número aproximado de 200 a 300 mil mortos (PRADO; PELLEGRINO, 2016, ps. 133-134). Os tempos de “A Violência” também marcam o surgimento de grupos guerrilheiros e paramilitares:

Os governos conservadores, com o desenlace do golpe ditatorial do general Gustavo Rojas Pinilla (1953-1957), provocaram uma reação social radical com a formação de grupos guerrilheiros liberais (gaitanistas) e comunistas no interior do país, cuja atuação foi determinante nos últimos 30 anos do século XX na Colômbia. Dentre eles, o mais antigo, as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), nasceu em 1966, com um programa comunista. Outros grupos de esquerda também surgiram, como o guevarista Exército de Libertação Nacional (ELN), provocando a criação de milícias de extrema-direita. Este longo conflito armado se deteriorou com o passar do tempo, levando as guerrilhas de esquerda a se aproximarem de grupos do narcotráfico (PRADO, PELLEGRINO, 2016, p. 134).

Um pequeno parêntese vale ser feito no que tange a representação deste período na literatura latino-americana. Afinal, a reflexão sobre a produção cultural e as criações artísticas, científicas e filosóficas de países afirmados entre dois mundos, diante do processo histórico de formação baseado na colonização europeia, tal como a Colômbia, leva também a uma reflexão sobre um dramático exílio do intelectual periférico (SANTOS, 2011, p. 20). Portanto, a essencialidade de ressaltar também a literatura dentre as linhas históricas e jurídicas, está fundamentada na indissociável ligação dentre

una militante confesionalidad católica conforme lo había dispuesto el art. 38 de ese texto. Adicionalmente, en esos mismos años se vivió bajo una dictadura partidista que permitió que durante ese lapso gobernara monolíticamente el conservatismo, dando lugar así a la época de la llamada hegemonía conservadora”

estas searas quando se estuda a evolução social, política e jurídica de determinadas sociedades. Não poderia ser diferente com a América Latina.

O Nobel de literatura, escritor colombiano Gabriel García Márquez, trouxe obras que utilizavam da chamada linguagem realística fantástica⁹, ou seja, a tradução da vida cotidiana e dos acontecimentos da história e da vida colombiana em relatos extranaturais. Porém, a escolha de aqui inserir duas obras de Márquez não passa apenas pelo entrelaçamento natural entre história e literatura, muito menos pela própria notoriedade que tal autor carrega no imaginário latino-americano. O esforço é de ir um pouco além, pois Gabriel García Márquez faz parte de um movimento de ruptura da tradição literária latino-americana (muito correspondente à proposta de ruptura da tradição jurídica latino-americana com a qual ressaltamos o neoconstitucionalismo latino-americano e os novos instrumentos de defesa e proteção dos direitos humanos). É conforme autores como Márquez que “a literatura colombiana, por exemplo, evolui de uma condição de dependência para uma de interdependência. Trata-se, portanto, de uma visão deslocada da modernidade periférica e ‘situada’ entre dois mundos” (SANTOS, 2011, p. 29).

Tratou o período da guerra civil dos Mil Dias e de “A Violência” em seus livros, respectivamente, *Cem anos de Solidão* e *Ninguém escreve ao Coronel*. A primeira obra que gira em torno da pequena cidade fictícia de Macondo e sua família mais importante, os Buendía, traz um específico retrato da sociedade colombiana nos fins do século XIX e início do século XX. Em suma, “*Cem anos de solidão* capta o movimento histórico que apontava na América Latina para o fim da distinção entre centro e periferia, tentando resolver por meio da forma a clássica dicotomia entre romance urbano e romance rural” (SANTOS, 2011, p. 33).

Primeiramente, Macondo é retratada por sua baixa densidade populacional e a ausência do poder estatal naquela região tão afastada. Esta ausência é representada através do personagem do corregedor Apolinar Mascote, pois apenas com sua chegada à cidade é que a população tem a presença da burocracia e fiscalização do poder central

⁹ Conforme Mariana Marise Fernandes Leite, o realismo maravilhoso hispano-americano, ao qual é associado *Cem anos de Solidão*, é um gênero literário que começa a se desenvolver na década de 1940 como tentativa de romper com a literatura regionalista e naturalista existente, até então, na América Hispânica (LEITE, 2015, p. 14).

(MÁRQUEZ, 2007, p. 124). Também a polaridade dentre os partidos políticos é retratada através dos olhos conservadores de Apolinar Mascote, referenciando os liberais como gente de má índole e, em contrapartida, os conservadores como herdeiros de um poder dado diretamente das mãos de Deus e defensores da estabilidade da ordem pública e moral familiar (MÁRQUEZ, 2007, p. 117).

O período de “A Violência” foi vivido por Gabriel García Márquez e a ditadura de Rojas Pinilla é pano de fundo para a obra “Ninguém Escreve ao Coronel”. O personagem principal, um coronel sem nome, é antigo combatente liberal que luta para viver com dignidade em uma sociedade marcada pelas tensões remanescentes dos anos de guerra civil. Uma das mais simbólicas passagens está no diálogo entre o coronel e seu advogado diante da expectativa pelo recebimento da prometida pensão vitalícia aos ex-combatentes:

– Há quinze anos é sempre a mesma lenga lenga – desabafou o Coronel. – Isso já começa a parecer uma história de nunca se acabar. O advogado fez uma descrição bastante elucidativa dos tortuosos caminhos da burocracia. A cadeira era muito estreita para aquelas nádegas outonais. – Há quinze anos era bem mais fácil – argumentou. – Naquela época existia a associação Municipal dos Veteranos, integrada por elementos dos dois partidos. Encheu os pulmões de um ar abrasador e pronunciou a sentença como se estivesse acabado de inventá-la: - Mas a União faz a força. – Nesse caso não fez – zangou-se o Coronel, pela primeira vez dando-se conta da sua solidão. – Todos os meus companheiros morreram esperando o correio (MARQUÉZ, 1968, p. 38).

Se em *Cem anos de Solidão* somos conduzidos por uma linguagem não linear e os percalços da formação de uma sociedade conforme o olhar familiar dos Buendía, com todas as suas particularidades, fantasias e metáforas, em *Ninguém escreve ao Coronel* a mensagem é outra, muito mais simples, direta e áspera. A burocracia e o esquecimento falam pelo Coronel anônimo, a ausência do Estado é marca fundamental dos seus problemas diante dos préstimos militares não saldados.

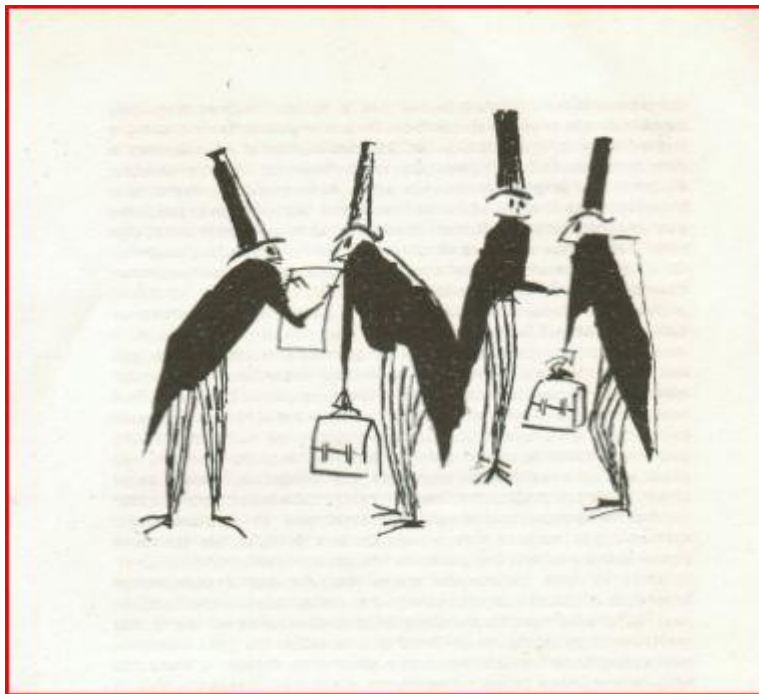


Ilustração 1: O fim da guerra em Macondo.
Fonte: Carybé¹⁰

Na imagem acima, retirada de *Cem anos de solidão* é retratado o acordo entre os adversários da guerra em Macondo, referência direta à assinatura do Tratado de Neerlândia (1902) e o fim guerra civil dos Mil Dias. Foi também através do citado tratado que ficou estabelecida a pensão vitalícia aos veteranos liberais e conservadores. Abaixo a foto original do momento da pactuação do Tratado de Wisconsin (1902), com, da esquerda para direita, os generais Benjamin Herrera, Lucas Caballero Herrera, o doutor Eusébio Morales, e os generais Alfredo Vásquez Cobo e Vítor Salazar:



Foto 1: Firmantes del Tratado de Paz de Wisconsin por Victoriano Endara
Fonte: Museo Nacional de Colombia¹¹

¹⁰ Disponível em: <http://devaneios-ounao.blogspot.com.br/2011/01/cem-anos-de-solidao-ilustracoes-de.html>

¹¹ Disponível em: <http://www.colarte.com/colarte/foto.asp?idfoto=192687>.

Os tratados de Neerlândia e Wisconsin de 1902, representaram o fim dos conflitos políticos e militares entre conservadores e liberais na Colômbia. O Tratado de Neerlândia, assim denominado de acordo com o nome da fazenda onde foi assinado, datado de 24 de outubro de 1902, diante da proposta de paz feita pelo general conservador Florentino Manjarrés aceita pelo general liberal Rafael Uribe Uribe. Teve como um de seus principais pontos a concessão de anistia aos combatentes de ambos os lados, em primeiro momento pensada e utilizada como meio mais próximo para paz, porém, mantendo viva a sensação de injustiça pelos desmandos cometidos pelos militares nos tempos da Guerra Civil. Conforme disposto no seu art. 7º:

Los que depongan las armas no podrán ser en ningún tiempo perseguidos, juzgados ni penados por actos que en su calidad de militares en servicio y con el fin de realizar operaciones militares, hayan ejecutado o mandado ejecutar contra las personas o las propiedades de los demás (COLOMBIA, 2003, ps. 57-60).

Ainda em 1902, foi ainda assinado o Tratado de Wisconsin, nome decorrente do navio estadunidense que deu lugar ao pacto de paz, decretando oficialmente o fim das hostilidades, com a presença do lado liberal dos generais Lucas Caballero Herrera e Eusébio Morales; e do lado conservador, os generais Víctor Manuel Salazar e Alfredo Vázquez Cobo. Como Lynn Hunt assinala: “A paz tinha sido feita mas só em parte desde as assinaturas dos tratados de Neerlandia e Winconsin, pois o centralismo de raiz continuava no poder e haveria de passar muito tempo antes que os conservadores e liberais deixassem de mostrar os dentes uns aos outros” (HUNT, 2001, p. 154). Finalmente, todo o conflito político envolvendo liberais e conservadores termina em um descrédito social nas bandeiras e cores partidárias.

Não por menos, tanto *Cem anos de solidão* quanto *Ninguém escreve ao Coronel*, trazem com marcante destaque a descrença na política dentro da sociedade colombiana. Há uma representação geral dos partidos liberais e conservadores nas duas citadas obras durante o pós-Guerra dos Mil Dias, sendo negativamente demonstrados e pontuados pela hipocrisia com que baseiam a condução da vida pública (CUNHA, 2014, p. 120).

Feito este curto parênteses, é apenas com a convocação de um plebiscito é que a situação começa a mudar. A consulta popular de 1957, que muito mais se assemelharia

ao rito de um referendo, deu fim a um período de turbulência política caracterizada, fundamentalmente, pela administração ditatorial do Presidente Rojas Pinilla e a luta entre conservadores e liberais, tal como supracitado. Por assim dizer, diante da urgência de devolver o país ao regime constitucional, foi disposta através de um pacto político, uma consulta plebiscitária para a reforma da Constituição. A iniciativa triunfou e com ela, um caso ilustrativo de instrumentalização dos mecanismos de participação popular (QUINCHE RAMÍREZ, 2004, p. 69).

A partir do plebiscito foi criada a Frente Nacional administrada por uma Junta Militar com objetivo de instalar um governo de transição. É neste período que o judiciário colombiano ganha maior espaço institucional e independência, visto que antes do plebiscito de 1957 a escolha dos membros do judiciário sofria uma grande influência política e, com a Junta Militar, foi instaurada uma total autonomia do poder judiciário na escolha dos magistrados. Porém, esta independência orgânica só veio a traduzir-se em controle político do Poder Executivo em finais dos anos 70 (García-Villegas, 2014, p. 177).

Entretanto o pós-1958 e a redemocratização colombiana não trazem consigo a pacificação dos conflitos sociais e políticos. As lutas contra o narcotráfico e as organizações criminosas são intensificadas e se transformam novo fator de instabilidade política e descrença no Estado como garantidor e protetor de direitos fundamentais. O poder paralelo dos cartéis - grande exemplo é o cartel Medellín capitaneado pelo narcotraficante Pablo Escobar- em estrita relação com os militantes guerrilheiros, terminavam por influenciar diretamente na garantia de direitos e na evolução do sistema jurídico como um todo, representando a ineficácia do Estado na proteção de seus cidadãos. “A fines de los años ochenta, el país se encontraba en una situación hobbesiana de Behemoth, es decir, un estado de naturaleza dominado por el caos y la anomia” (HERNANDÉZ, 2013, p. 56).

O conceito de guerra irregular¹² é utilizado por Viridiana Molineros Hassan (2013, p.255) para demonstrar a extremada situação de crise passada pela Colômbia desde a dominação colonial, influenciado no desenvolvimento constitucional do Estado

¹² Conforme Visacro (2009), guerra irregular é o “conflito conduzido por uma força que não dispõe de organização militar formal e, sobretudo, de legitimidade jurídica institucional”.

pois, desde o período da independência e durante todo o século XIX, a Colômbia passou por nove guerras civis, com constituições criadas para garantias das políticas idealizadas pelos respectivos vencedores.

Diante de tal conjuntura caótica uma das funções primordiais de uma nova constituição seria a regeneração do poder e da presença estatal, isto conforme um consenso social na obtenção do desenvolvimento social, político e econômico da nação. E, por assim dizer, o contexto de crise estava no cerne dos debates informadores da nascente nova Carta Magna Colombiana. “O processo constituinte colombiano insere-se em um contexto de crise democrática e institucional que se estendia desde as décadas de setenta e oitenta do século passado no país” (MARTINS, 2015, p. 85).

A Carta de 1991 é a utilizada como parâmetro para a primeira declaração colombiana de Estado de Coisas Inconstitucional e a Constituição vigente na República Colombiana. Nas palavras de Hassan: “La constitución expedida em Colombia em 1991 recoge los postulados del Estado Constitucional desarrollado em Europa y las características del nuevo constitucionalismo latino-americano” (Hassan, 2013, p. 259). Nesta linha, compreender seus objetivos, fundamentos e finalidades é crucial para entender também os fundamentos e objetivos do ECI. A própria composição da Assembleia Constituinte já demonstrava um, nunca antes visto, pluralismo ideológico, cultural e político que seria traduzido nas páginas da futura lei maior colombiana. A Assembleia Nacional Constituinte tornou-se um grande espaço democrático e pluralista diante da inserção de novos atores políticos e sociais, desde ex-guerrilheiros da esquerda até grupos indígenas e negros (HERNANDÉZ, 2013, p. 58)¹³.

Ressalta-se que tal conjunto de protagonistas tem boas bases históricas, conforme Uprimny e García-Villegas (2005, ps. 71-72), a Constituição de 1991 não é produto do triunfo de uma revolução, mas provém antes de um complexo contexto histórico na tentativa de estabelecer um pacto democrático para combater a violência e a corrupção política. Segundo Betancur (2008, p. 42), é a Constituição de 1991 que coloca a Colômbia na vanguarda do reconhecimento dos direitos, ao incluir os direitos

¹³ “La Asamblea Nacional Constituyente fue percibida como un gran espacio democrático y pluralista, por el papel desempeñado por nuevos actores políticos y sociales: la participación de los exguerrilleros del M-19 y de otras pequeñas organizaciones que abandonaron también las armas, los grupos de indígenas y de negros, tradicionalmente excluidos y discriminados en Colombia.”

de terceira geração, inspirados na solidariedade, proclamados na Declaração de São Francisco de 1948. Outras medidas ressaltam a importância desta Constituição, desde a massificação das ações de tutela e imposição de ferramentas para controle da atividade pública até outras para impedir a corrupção política¹⁴:

Dentre tantas modificações e inovações jurídicas, legislativas e institucionais promovidas pela Constituição de 1991, uma das mais relevantes, e reveladora de um compromisso constitucional com as demandas e discussões internacionais em direitos humanos, sem dúvida foi a passagem de um Estado religiosamente confessional para um Estado laico. Com o desaparecimento do caráter oficial da religião católica abriu-se caminho para a igualdade plena entre as religiões e igrejas, o que se traduz na liberdade de culto (BETANCUR, 2008, p. 42).

Deve-se ressaltar que a discutida Constituição colombiana não está imune a uma série de críticas baseadas em sua funcionalidade social e principalmente na sua expressão originária de um pacto institucional, em outras palavras, a doutrina colombiana contesta o suposto consenso constitucional em torno da Carta de 1991, pois “diversos e influyentes actores políticos y sociales no acatan ni respetan los valores y principios de la Constitución Política, abandonándola como proyecto fundacional y proponiendo un pacto alternativo” (HERNANDÉZ, 2013, p. 56). É nesta linha que está uma presente crítica ao processo de formal da Constituição, dada a ausência de um espírito de conjugação dos desejos políticos e uma notável ausência dos partidos tradicionais na construção do novo pacto legal.

Como afirma Ana María Bejarano: O procedimento foi iniciado pelo presidente-eleito César Gaviria apoiado por um fraco, porém organizado, movimento de estudantes, além de duas nascentes tendências políticas, a Aliança Democrática M-19 e o Movimento de Salvação Nacional. Os partidos tradicionais estavam à margem de todo este processo, tanto quanto vistos como os responsáveis pela estagnação institucional

¹⁴ “El establecimiento y la masificación de la acción de tutela que acercó el derecho a la gente, la creación de la Corte Constitucional y de la Fiscalía General de la Nación, la imposición de controles al ejercicio de la actividad pública, la barrera moral de inhabilidades e incompatibilidades que se levantó para impedir la corrupción política, la autonomía de la Junta Directiva del Banco de la República, la creación de la Comisión Nacional de Televisión, la obligatoriedad de los planes de desarrollo y de las transferencias de la Nación a los municipales y entidades territoriales, son algunos de los más significantes aportes de la Constitución de 1991” (BETANCUR, 2008, p. 43).

que resultou na crise (BEJARANO, 2001, p. 56). Assim, se por um lado a Carta de 1991 foi visualizada como um tendencial passo adiante no progresso social, jurídico e político da Colômbia, muito pelo caráter agregador de instrumentos, ideais e novos pensamentos em torno da sociedade colombiana; por outro, é notável a crítica diante da ausência de um pacto institucional forte o bastante para a consolidação da paz.

A Constituição de 1991 também reafirmou um fenômeno já presente no ordenamento jurídico colombiano: a independência dos magistrados e do próprio Judiciário e, por conseguinte, a judicialização da política na conjuntura colombiana. Uma das explicações para esta preponderante natureza *sui generis* da atividade jurisdicional colombiana está enraizada em uma longa tradição histórico-jurídica sobre controle de constitucionalidade. Conforme Uprimny e Villegas (2005, p. 70¹⁵), a Corte Constitucional é um produto da Constituição criada a partir da Assembleia Constituinte de 1991, de todo modo, a Colômbia já tinha uma longa tradição de controle judicial de constitucionalidade. Voltando a 1910, a Suprema Corte de Justiça já garantia sua autoridade sobre a lei constitucional.

Por assim dizer, é a Constituição de 1991 que dá propósito ao nascimento de uma Corte Constitucional forte o bastante para exigir, cobrar e executar a transformação social, política e jurídica exigida no núcleo do pacto constitucional, porém, não seria certo depreender que é deste momento, e apenas no século XX, que a Corte toma seu maior protagonismo. Ressalta García-Villegas (2014, p. 177): “La justicia colombiana logro una remarcable autonomía e independencia orgánicas (...) desde el plebiscito de 1957”. O próximo tópico pretende abordar exatamente os contornos de uma aproximação das práticas da Corte Constitucional Colombiana para com um decorrer histórico de transformação constitucional na Colômbia. Em específico, estudar a Corte Suprema do Estado Colombiano a partir de suas raízes histórico-constitucionais.

¹⁵ “The Constitutional Court was created under the new Constitution that the Constituent Assembly approved in 1991. However, Colombia already had a long tradition of judicial control over constitutionality. Going back to at least 1910, the Supreme Court of Justice was granted the binding authority to rule on a law’s constitutionality.”

2.2 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: UM FRUTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1991

Na cúpula do Judiciário colombiano está uma Corte jovem marcada pela sua independência e protagonismo no cenário político daquele país. Em muito a Corte Constitucional Colombiana se aproxima do Supremo Tribunal Federal brasileiro, como, por exemplo, na aproximação de ambos a teorias de engrandecimento do papel do juiz e do próprio espaço do Poder Judiciário no diálogo interinstitucional.

Se antes da Constituição brasileira de 1988, o Supremo Tribunal Federal brasileiro carecia de ambiente propício para ser palco de debates e modelo latino-americano na substancialização de direitos fundamentais, além, obviamente, de poderes institucionais para tanto. O pós-88 coloca novo rumo à Corte Suprema brasileira e engrandece seu papel como guardião máxima dos preceitos constitucionais, isto por uma série de motivos:

A conclusão é de uma virada institucional do Supremo e dos poderes de controle de constitucionalidade. Estabilidade das regras sobre (i) o número, (ii) o mandato, (iii) os mecanismos de nomeação dos juízes, que permanecem incólumes e respeitadas pelos demais poderes. Progressiva evolução das regras sobre (iv) acesso ao Supremo, (v) os efeitos das decisões de inconstitucionalidade e (vi) o sistema de controle escolhido: difuso com efeito vinculante nas hipóteses dos recursos com repercussão geral reconhecida; controle concentrado da legislação pós e pré-Constituição de 1988, também das omissões legislativas, com acesso amplo aos atores sociais e políticos relevantes (...). Com toda essa potencialidade institucional, o Supremo vem, cada vez mais, tornando-se um dos protagonistas da vida política e social nesses tempos de estabilidade da democracia brasileira (CAMPOS, 2014, p. 239).

O panorama se repete ao analisar a situação colombiana. Muito do avanço feito pela Corte Constitucional Colombiana, como espaço público de discussão e promoção de ações de desenvolvimento social e político (além da tradicional atuação jurídica), tem de ser visualizada conforme seus períodos e momentos diante de um particular desenho institucional. Diante da concepção desta Corte mediante mandatos fixos dos ministros, a primeira composição da Corte foi responsável por eminentes inovações procedimentais que deram continuidade às inovações já trazidas pela Constituição, muito disto devido a uma formação *sui generis* diante da composição por acadêmicos de carreira (o sistema de nomeação não exigia a carreira judicial para a escolha dos magistrados), terminando por fomentar um novo direito constitucional baseado em

decisões progressistas aptas a transformar a cultura jurídica colombiana (CARDOSO, 2012, p. 78).

Citando a influência de Ronald Dworkin, defensor da atuação do juiz no domínio político visando preencher os espaços deixados pelo Executivo e Legislativo na garantia de direitos, Jorge Esquirol (2016, p. 74) demonstra sua influência teórica nestas Cortes, diante da mobilização de agentes jurídicos colombianos na defesa da autoridade institucional e legal da Corte, o que em parte inclui a defesa de decisões controversas e aparentemente políticas; segundo um olhar mais conservador, a utilização de Dworkin entre colombianos e brasileiros é bem mais radical do que no contexto norte-americano.

Devido ao espaço reservado pela Constituição de 1991, a Corte Constitucional Colombiana conseguiu promover importantes decisões em torno das temáticas de direitos humanos. De fato, a CCC tem representado um essencial contraponto quando tem por objeto questões de direitos humanos, não raramente escolhendo posicionamentos audaciosos e vanguardistas, apenas a título de exemplificação pode ser ressaltada a *Sentencia T-62910*, em que a Corte enfrentou a prostituição como fenômeno social passível de tolerância, baseado na percepção das prostitutas como um grupo historicamente estigmatizado cuja proteção requer uma especial análise, tendo, ao final, decidido que o exercício de trabalho sexual voluntário, subordinado e remunerado, em estabelecimento comercial, constitui contrato de trabalho de fato (BARROSO, 2014, p. 93).

No presente tópico vamos analisar a atuação da Corte no período pós-1991 até a primeira decisão de Estado de Coisas Inconstitucional, ressaltando os casos que mais proximamente estão relacionados com o protagonismo da Corte na implantação de um inovador modelo de relacionamento interinstitucional na proteção de direitos humanos, bem como em alinhamento com um natural ativismo judicial.

Como destacado no tópico anterior, o órgão de cúpula do judiciário colombiano é um produto direto do pacto social, jurídico e político resultante da Constituição de 1991, tendo por objetivo conceder um ponto final a anos de instabilidade geradas por uma real ausência da estrutura estatal. Entrementes, não deixamos de demonstrar que a natureza ativística do Judiciário colombiano tem raízes que datam de muito antes.

Agora devemos enfrentar os motivos que nos levam a taxar a Corte Constitucional Colombiana como um tribunal essencialmente ativista. É sob tal conjuntura que melhor estará explicado o espaço fértil formado para as declarações de ECI.

Para o aperfeiçoamento desta visão que pretendemos ter sobre a atuação da Corte, escolhemos observar as referidas decisões conforme um conjunto de temáticas de estrita relação com os direitos humanos. Para tanto, primeiro traremos o contato do Tribunal máximo colombiano com o tema dos direitos indígenas, temática esta comum na realidade jurídica latino-americana.

2.2.1 DIREITO INDÍGENA E DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM CONFORME A SUPREMA CORTE COLOMBIANA

Ao falar de direito na América Latina não se pode olvidar a importância exercida, em suma nos últimos anos, pela incorporação de sujeitos relegados a uma espécie de subcidadania. Em suma, uma remissão às marcas históricas deixadas pelo período colonizatório representam uma grande fatia desta necessidade, ainda que destacado o fato de que “conhecido por seu modelo mais inclusivo e mestiçado, o iberismo fez escola ao criar sociedades marcadas pelo hibridismo populacional” (COSTA E SILVA, 2011, p. 16).

A verdade é que nem o iberismo, a percepção do bom colonizador ou do bom selvagem, foram capazes de afastar um abismo social formado e reiteradamente afirmado historicamente tanto em concreto quanto no imaginário formador das nações latino-americanas. Os países latino-americanos partilham deste passado e também de um presente constitucional e jurídico tendente a exercer uma mínima reparação sobre tais fatores. A partir desta concepção é que o direito indígena vem tomando cada vez maior espaço nos debates em torno da garantia da cidadania, podendo ser também percebido como seara prática para a defesa e implantação dos direitos humanos.

Tendo a temática do neoconstitucionalismo latino-americano como enfoque, o desenvolvimento do direito indígena é marca fundamental na caracterização de um modelo moderno, emancipatório e integrativo do constitucionalismo na América Latina.

Nesta linha, Raquel Fajardo (2006, ps. 4-5) observa 5 momentos na evolução da percepção do direito indígena pelo ordenamento jurídico hegemônico: primeiro, no século XVI, transparece o projeto de ocupação e submissão; em segundo, a subordinação política e segregação colonial (desde o século XVI até início do século XIX); em terceiro, após os períodos de independência, o modelo assimilacionista de inclusão do indígena em parâmetro de cidadania majoritário; em quarto estaria a fase do modelo integracionista do século XX, estabelecendo o reconhecimento de direitos coletivos, porém, sem deixar de lado o monismo legal fundante do Estado nacional e, por fim, a quinta onda do final do século XX e início do século XXI, diante do surgimento ou reformas constitucionais concretizadoras do pluralismo jurídico.

A Carta colombiana de 1991 tem representativa importância na afirmação dos direitos indígenas, perceptível desde antes de sua promulgação: “Con la participación de tres representantes indígenas, la Asamblea Constituyente incorporó amplias disposiciones sobre el derecho indígena en el texto constitucional que en su conjunto conforman una constitución indígena” (SEMPER, 2006, p. 763). Jorge Dandler (2000, p. 150) ressalta que a atenção constitucional aos direitos dos índios só foi possível pela pressão e lobbies das organizações indígenas, além da presença de três senadores indígenas.

De fato, não é exagerado pensar em um Estado Pluricultural Colombiano após a promulgação da Constituição de 1991. Estabeleceu-se uma tentativa de suprir os séculos de intencional olvidamento de parcela essencial da população colombiana. A consolidação da autonomia jurídica dos povos indígenas demonstrou tal tentativa de estabelecer uma justa compensação pela secular imposição de um Direito estatal, homogêneo, superior e universal a qualquer outro. Conforme Esther Sánchez Botero (2005, p. 227), com a Constituição de 1991 há o nascimento histórico de um novo modelo de nação na Colômbia, tendo como marco a valorização e o fortalecimento das diferenças diante do rompimento para com a imposição hegemônica patrocinada pelo modelo único europeu¹⁶.

¹⁶ “Con la Constitución del 91, nace históricamente un nuevo modelo de nación en Colombia, orientado a valorar y fortalecer las diferencias; rompe la hegemonía de la sociedad occidental como modelo único a seguir. Impuso este reconocimiento la derogación del principio de igualdad formal y la restricción de los valores que etnocéntricamente excluían culturas diferentes, pensadas como ‘incivilizadas’, ‘atrasadas’ o ‘bárbaras’” (BOTERO, 2005, p. 227).

Além do texto expreso constitucional, não pode ser deixada de lado uma adesão do ordenamento colombiano a um chamado bloco de constitucionalidade, ou seja, “reconhecimento da existência de outros diplomas normativos de hierarquia constitucional, além da própria Constituição” (RAMOS, 2016, p. 424). E a Corte Constitucional Colombiana expressou a importância de tal inserção na defesa dos direitos indígenas a partir da incorporação da Convenção 169 da OIT:

En armonía con la inclusión de los Convenios de la OIT al bloque de constitucionalidad en sentencia T-606-01 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, se estableció que en virtud del Convenio 169 de la OIT la jurisdicción especial para los indígenas es un derecho no susceptible de limitación en estado de excepción y hace parte del bloque de constitucionalidad. De igual manera la sentencia T-955 de 2003 MP: Álvaro Tafur Galvis, incluyó a la luz del Convenio 169 de la OIT en el bloque de constitucionalidad la obligatoriedad de la consulta previa en los procesos de toma de decisiones sobre los asuntos que puedan afectar a los pueblos indígenas y tribales (OLAYA, 2004, ps. 89-90)

Abrindo um curto parênteses, vale anotar que a noção de bloco de constitucionalidade tem também grande influência sobre o ordenamento e jurisprudência brasileiras, tendo especial referência à noção de que a Constituição de 1988, ao dotar os tratados de direitos humanos aprovados conforme o rito reservado para as emendas constitucionais com estatuto de norma constitucional conforme a EC 45/2004, terminou por vincular-se ao conceito de bloco de constitucionalidade, ainda que tal defesa seja ainda doutrinariamente minoritária (RAMOS, 2016, p. 425).

A Carta Colombiana de 1991 também foi a primeira, dentre as constituições latino-americanas, a reconhecer territórios indígenas e entidades territoriais indígenas, além de conferir funções jurídicas às autoridades indígenas dentro de seu território desde que não contrarie a Constituição e as leis estabelecidas pela República (DANDLER, 2000, p. 150). Para Daniel Bonilla Maldonado (2006, ps. 29-30), esta Constituição teve caráter essencialmente multiculturalista e de proteção da diversidade ao dividir em três eixos os direitos assegurados às minorias: a) primeiro, aqueles que promovem um autogoverno das minorias (como exemplo, a jurisdição indígena e autonomia territorial e política); b) segundo, a promoção da participação política das minorias; c) terceiro, aqueles ligados à proteção e promoção da expressão, defesa e

reprodução do patrimônio cultural das minorias (tal como os direitos linguísticos e educativos).

Portanto, a Colômbia é paradigmática quando está em discussão um novo viés latino-americano de preocupação com as questões multiculturais e a atenção concedida pela ordem constitucional aos diversos atores sociais. É possível relacionar tal inovação ao contexto de crise sofrido pelos colombianos nos tempos que antecederam a nova Constituição. Segundo a concepção de Ana Carolina Alfinito Vieira e Gabriel Nascimento Pinto (2011, p. 18), a noção de legitimidade estatal depende da aceitação e reconhecimento de sistemas normativos plurais e não estatizados; no caso colombiano, a conquista da autonomia indígena decorre exatamente de período em que o Estado tenta democratizar suas instituições e realizar uma integração de grupos antes marginalizados em torno da consolidação de uma auto-imagem nacional. A Colômbia, portanto, é notório exemplo de inclusão constitucional de tais valores, elaborando um novo modelo de constitucionalismo.

Em comparação, mais uma vez as Constituições colombiana e brasileira tomam ponto de encontro e aproximação, sendo a Carta de 1988 também visualizada como grande avanço na constituição e promoção dos direitos indígenas. Nas palavras de José Afonso da Silva (2011, p. 855¹⁷), a Constituição brasileira de 1988 é relacionada a um esforço do constituinte na proteção dos direitos e interesses indígenas, esforço este conseguido em parte e em limite razoável.

A Corte Constitucional Colombiana, como fruto direto do espírito constitucionalista que lhe deu surgimento, manteve-se imbuída de exercer a concretização das previsões constitucionais e de todo avanço sentido nas discussões envolvendo minorias, em especial, o direito indígena. Por sinal, a influência da Corte nas questões envolvendo direito indígena ultrapassam o próprio território colombiano e chegam até mesmo ao sistema interamericano de Direitos Humanos, mais

¹⁷ “A Constituição de 1988 revela um grande esforço da Constituinte no sentido de preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios. E o conseguiu num limite bem razoável (...). É inegável, contudo, que ela deu um largo passo à frente na questão indígena, com vários dispositivos referentes aos índios, nos quais dispõe sobre a propriedade das terras ocupadas pelos índios, a competência da União para legislar sobre populações indígenas, autorização congressional para mineração em terras indígenas, relações das comunidades indígenas com suas terras, preservação de suas línguas, usos, costumes e tradições.”

especificamente, na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Vale ressaltar que não há uma imutabilidade ou previsibilidade da textura progressista ou não progressista das decisões da CCC sobre direito indígena, o que não retira o fato de que “a Corte Constitucional, com efeito, propõe-se, a partir de um sistema legal marcado pelo pluralismo jurídico formal e igualitário, transformar a vida política e social colombiana” (MARTINS, 2015, p. 92).

Conforme observa Manuel Eduardo Góngora-Mera (2015, p. 837), o caso *Awas Tingni* em 2001 é marco na adoção das noções da Convenção 169 da OIT pela Corte IDH, fazendo convergir as interpretações dos tribunais nacionais e o tribunal regional. Assim, a Corte Interamericana enfrentou fundamentos do sistema universal sobre direitos indígenas conforme leituras baseadas em Cortes nacionais que já haviam antes feito tal incorporação, e neste âmbito está a jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana.

O direito indígena é traço marcante da evolução das questões de direitos humanos perante a CCC, demonstra a formação do método julgatório e da importância das demandas envolvendo minorias na concretização do pacto social de 1991. Para melhor entender o espírito do Judiciário que deu forma ao ECI, é preciso antes entender como ele enfrentou e enfrenta casos intrinsecamente ligados à essência do constitucionalismo latino-americano. E por último, mas não menos importante, não é possível perder de vista que as questões envolvendo direito indígena estão no cerne do pluralismo inerente ao conceito de neoconstitucionalismo latino-americano ou neoconstitucionalismo andino, ponto este que será melhor debatido e explicado em tópico posterior. Portanto, é fundamental estudar um pouco de como a Corte Colombiana se posicionou quando esteve de frente com um dos temas qualificadores da noção de Direito na América Latina.

2.2.1.1 CASO ENVOLVENDO A COMUNIDADE INDÍGENA DE EL TAMBO

A Sentença nº. T-254 de 1994, sob a relatoria do juiz Eduardo Cifuentes Muñoz, trouxe para a Corte um conflito envolvendo o núcleo do multiculturalismo e do princípio do respeito à diversidade étnica e cultural, ou seja, a garantia da jurisdição

especial indígena em contraposição aos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente. Neste *hard case* a Corte foi testada pela primeira vez a responsabilidade de proteção e respeito aos direitos constitucionais e a salvaguarda da independência cultural concedida, também pela Constituição em seu artigo 246, aos povos indígenas.

A Constituição colombiana é clara ao proclamar que as autoridades dos povos indígenas podem exercer funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial, em conformidade com suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrários à Constituição e às leis da República (COLÔMBIA, 1991, p. 67). Em uma leitura mais aprofundada desta norma constitucional é possível perceber inerente contradição. A tutela constitucional termina por gerar um impasse diante da imposição de uma concepção universal de dignidade humana diretamente ligada à teoria dos direitos humanos. Ou seja, há o reconhecimento da autoridade indígena, que pode resolver os conflitos que surgem dentro de seu território, mas devem conformar suas decisões a princípios e regras que obedecem a uma concepção de justiça e dignidade humana diferentes das que ostentam (MOJICA, 2002, p. 82).

O caso rondava em torno de uma decisão do *cabildo* da Comunidade Indígena de “El Tambo”, localizada no Município de Coyama ao sul do Departamento de Tolima, na área central colombiana, baseada na autonomia constitucional concedida à jurisdição indígena. Em resumo, os fatos podem ser descritos nestes termos:

Acción de tutela interpuesta por el indígena Ananías Narváez contra la directiva del cabildo de la comunidad indígena de El Tambo, en razón de que esta última vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la honra y al buen nombre y a la vida, y desconoció la prohibición constitucional de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. El demandante fue expulsado de la comunidad, junto con su familia, por la supuesta comisión del delito de hurto y, además, en su concepto, se le negó el reconocimiento de unas mejoras realizadas sobre una parcela. El juez de primera instancia negó la protección solicitada por el accionante, en virtud de que la decisión adoptada por el cabildo indígena es un acto democrático, y no un acto judicial (...). El juez de segunda instancia confirmó la decisión impugnada (GONZÁLEZ, 2002, p. 161).

Por conseguinte, a Corte Colombiana foi instada a fazer a devida ponderação entre o princípio do respeito à diversidade étnica e cultural e os valores constitucionais garantes de um mínimo existencial, ou seja, dos princípios norteadores da proteção à

dignidade da pessoa humana. Até então, conforme explica Diana Fernanda Mora Torres (2003, p. 102), a Corte tendia a fazer prevalecer o princípio da diversidade étnica e cultural frente a outros princípios. Porém, com a sentença T-254, o Tribunal afirmou a procedência da incompatibilidade do rito jurisdicional especial para com determinados preceitos constitucionais, além de uma série de limites e parâmetros que deveriam ser utilizados na resolução de futuros casos:

En primer lugar, el accionante se encuentra en situación de indefensión respecto a la decisión de la comunidad, pues no existe mecanismo judicial de defensa contra ésta; por tanto, la acción de tutela procede en este caso. En segundo lugar, la autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas debe ‘ejercer-se dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional: de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando non sean contrarios a la Constitución y a la ley (CP, artículos 246 y 330), de forma que se asegure la unidad nacional’. En tercer lugar, la corporación determinó un criterio de interpretación, según el cual ‘a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía’. En cuarto lugar, los derechos fundamentales constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural (...). En quinto lugar, las leyes imperativas prevalecen sobre los usos y costumbres, siempre que protejan ‘directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. En sexto lugar, los usos y costumbres de las comunidades indígenas priman sobre las normas legales dispositivas (GONZÁLEZ, 2002, ps. 162-163).

O caso da comunidade El Tambo, por conseguinte, demonstra muito do espírito da Corte Constitucional Colombiana quando do enfrentamento de julgamentos relacionados a direitos das minorias. Ela tende a manejar as possíveis resoluções conforme a essência da Constituição de 1991, ou seja, o compartilhamento de um pluralismo e de um caráter multicultural próprio do desejo informador da paz social proposta, porém, atento aos preceitos da teoria dos direitos humanos e da proteção universal da pessoa humana. Caminhante nesta fina trilha dentre relativistas e universalistas, a Corte Constitucional Colombiana demonstra uma fundamental tendência que está implícita quando da declaração de ECI.

2.2.1.2 SENTENÇA T-606/2001

Como destaca Beatriz Sánchez Mojica (2002, p. 83), “entre la posición adoptada en 1994 por la sentencia T-254, a la presentada en la sentencia T-606 de 2001, existe una distancia considerable”. Além de progredir da temática penal para um fato envolvendo direitos civis, a Corte demonstrou a extremada tutela concedida a partir do

poder de auto-organização e administração das comunidades indígenas. Tudo isto a partir da interpretação da Constituição vigente.

A sentença de tutela 606 de 2001 trouxe para a Suprema Corte colombiana emblemático caso sobre conflito entre a jurisdição indígena e a jurisdição comum, envolvendo especificamente direitos sucessórios. A ação foi interposta por Arney Antonio Tapasco, autoridade indígena responsável pela reserva de Cañanomo y Lomapieta, contra decisão do Município de Supía que terminava por usurpar a competência da citada autoridade indígena diante da autonomia concedida pela Constituição colombiana de 1991 aos conflitos referentes às terras integrantes das reservas indígenas. Com a morte de um dos integrantes da comunidade, o senhor César Augusto Ruiz Rotavista, foi iniciado processo de sucessão perante o Município de Supía, ainda que o imóvel pertencente ao *de cuius* fizesse parte da reserva indígena. Ademais, Resolução do autoridade indígena concedia o direito de sucessão à indígena Magaly Moreno Uchima, entretanto, no processo de sucessão perante o juízo comum era reconhecido como herdeiro Jesus María Ruiz. Invocando o artigo 246 da Constituição Colombiana, a senhora Magaly Moreno defendeu a nulidade da jurisdição e competência do juízo do Município de Supía. Com a negativa de seu pedido e a prorrogação da competência do juízo comum, em detrimento da jurisdição indígena, o caso chegou até a Corte Constitucional Colombiana (COLÔMBIA, 2001, ps. 4-6)

A Corte Colombiana, desde a incorporação do espírito constitucional de 1991, determinou-se no sentido de que os povos indígenas não seriam apenas um dado da realidade mas também sujeitos de direitos fundamentais, dado que a Constituição reconhece diferentes formas de vida e concede personalidade jurídica às comunidades para que possam exercer seus direitos fundamentais e reclamar proteção (SEMPER, 2006, p. 766). A conclusão da Corte foi no sentido de que as autoridades indígenas poderiam conhecer de assuntos penais, civis e trabalhistas, sempre e quando presentes os denominados elementos do “foro indígena” (VARGAS, 2015, p. 81).

Portanto, a sentença T-606 de 2001 reafirmou uma ampla autonomia aos povos indígenas que, conforme Frank Semper (2006, p. 772), “no solo se les concede dentro de sus territorios la misma autonomia administrativa, fiscal y financeira que también se

concede a los departamentos, distritos y municipios, sino, además, una cierta autonomía en cuestiones políticas y jurídicas.”

Os elementos formadores deste chamado “foro indígena” determinam os limites no conflito entre jurisdição comum e jurisdição especial indígena. É a partir desta cláusula de controle que a jurisprudência colombiana pretende separar o que pode ou não ser concebido dentro da abrangente autonomia indígena. Ademais, a CCC abriu espaço para “romper o monismo jurídico, fortalecendo um sistema de justiça plural (...). O pluralismo jurídico formal permite novos caminhos à lógica sistemática jurídica pautada no direito positivo estatal e ao discurso jurídico” (MARTINS, 2015, p. 95). Trataremos mais detidamente sobre o pluralismo jurídico em outro tópico, desde logo adiantando sua fundamental substancialização como modelo das constituições integrantes do neoconstitucionalismo latino-americano ou, como trazemos, um real sintoma desta ferramenta de transformação da realidade jurídico-social.

É a partir desta abertura pluralista constitucional que se destaca a superveniência de novos e adaptados instrumentos de defesa dos direitos humanos na América Latina. O Estado de Coisas Inconstitucional tem especial vinculação com uma Constituição que trata o Direito em uma percepção heterogênea (exemplarmente ao trato dado à condição dos ordenamentos e sistemas jurídicos indígenas), isso porque posiciona-se pela necessidade de incorporar um novo meio de visualizar os problemas e soluções de crises particularmente inatas à realidade latino-americana. E tudo isso só poderia ser constatado conforme uma real virada interdisciplinar no jeito de perceber a identidade e as raízes latino-americanas. É inegável um caminho trilhado no seio desta latino-americanidade, desde a construção de um constitucionalismo baseado na necessidade de desconstruir (ou pelo menos ressignificar) valores historicamente impostos, passando pela fomentação da concretização desta transformação jurídica, chegando ao florescer de instrumentos alicerçados em um novo esquema jurídico-legal e legitimamente assentados em um novo projeto democrático, muito mais inclusivo e muito mais genuíno.

Não raramente a Corte Constitucional Colombiana é criticada por agir fora dos parâmetros tradicionais, mas conforme todo o panorama que destacamos até aqui (e que será ainda mais enfatizado nos próximos tópicos), segundo a realidade e os problemas

da América Latina, é mais do que necessária uma contraposição a uma modelagem de pensar e construir o Direito de maneira tradicional. Conforme destaca Camila Ragonezi Martins (2015, p. 95) em sua dissertação de Mestrado, o ativismo da Corte Constitucional Colombiana é uma tentativa, baseada na interculturalidade, de estabelecer um patamar de igualdade material diante da pluralidade de povos colombianos, sendo resposta a reivindicações históricas de minorias deixadas à margem do direito à autonomia política, jurídica, financeira e cultural.

Percebendo o processo histórico da construção constitucionalista na Colômbia, e sua influência sobre a Corte Constitucional Colombiana, é preciso estudar a que corresponde todo este movimento. A partir de um olhar internacional na defesa dos direitos humanos na América Latina, é perceptível a influência de um modelo diretamente identificado nas Cartas Constitucionais, este modelo nada mais é do que o próprio neoconstitucionalismo latino-americano.

2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO ANDINO: UMA PARÂMETRO COMUM AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O presente tópico parte da hipótese fundamental de um constitucionalismo *sui generis* na América Latina a partir do século XX, e é deste neoconstitucionalismo andino que novas propostas de ampliação de direitos e proteção dos direitos humanos começam a emergir e tomar espaço no dialogismo institucional. Partindo deste pressuposto, a história constitucional latino-americana é dividida em duas fases: a primeira baseia-se na transposição do modelo europeu, determinado pela finalidade da construção de uma unicidade nacional. Conforme Iturralde (2005, p. 26): “a tradição constitucional latino-americana – fora alguns países que optaram pelo federalismo – se pauta sobre um projeto de unidade nacional que não deixa espaço para o reconhecimento da diversidade”. Já a segunda é a formação de um constitucionalismo naturalmente latino-americano, baseado e determinado pelas concepções multiculturalistas e teleologicamente direcionado para a superação de crises geradas pela falha do primeiro projeto constitucional.

Tal como exemplificamos no tópico anterior destacando as vanguardistas decisões da Corte Constitucional Colombiana, sob o marco da Constituição de 1991, e a

ratificação da percepção de uma forte tendência pluralista; este novo constitucionalismo naturalmente latino-americano, tem por uma de suas principais marcas o multiculturalismo e a abertura constitucional à exponencial participação popular na formação das escolhas democráticas:

‘En prenant pour bases ses propos, nous pouvons justifier d’une nouvelle émergence qui est née au sein des États latins au regard de leur propre constitution. Ces constitutions visaient à revaloriser le pluralisme et la diversité dans tous les domaines des États en question. Le nouveau constitutionnalisme permet une reconfiguration des États en Amérique latine. En effet, la culture juridique de ces pays a subi un changement profond, celle-ci n’étant plus essentiellement individualistes ni conservateurs. Ils sont devenus pluralistes et démocratiques. Dans cette perspective, les nouvelles constitutions ne sont pas seulement édictées pour garantir les droits individuels, mais elles assurent aussi, concernant les droits collectifs (KALLAS, 2015, p. 12).

É partindo destas premissas e desta divisão conceitual que o presente tópico pretende informar sobre um parâmetro comum ao ECI na América Latina. Portanto, a hipótese colocada é a de que o ECI é diretamente decorrente de uma série de práticas, usos e costumes incorporados ao chamado constitucionalismo andino, logo, aquele é decorrente direto deste e pode ser caracterizado como um novo instrumento de concretização dos anseios constitucionais. Entrementes, a análise deste constitucionalismo tão particular ao âmbito latino-americano, neste trabalho, é analisado conforme dois ordenamentos jurídicos em específico: o colombiano e o brasileiro.

As razões para a escolha e firmação destes ordenamentos como centrais no ideal do constitucionalismo andino em muito se relaciona com as práticas de seus Tribunais Supremos. A incorporação dos ideais pós-positivistas e a ampliação das discussões envolvendo a atuação do Judiciário na garantia de direitos, no Brasil e na Colômbia, torna estes países fundamentais na concepção de uma prática jurídico-constitucional evidentemente voltada para a transformação social e política. Em suma, é na realidade brasileira e colombiana, principalmente referenciado as constituições, respectivamente, de 1988 e 1991, que podemos observar uma proposta de ampliação do papel do Judiciário nas discussões que envolvam os bens da vida mais fundamentais para a consecução de um patamar de sociedade pacificada, justa e harmônica.

Ao mesmo tempo, é conforme a situação brasileira e colombiana que podemos colocar em comparação situações de crise e sua influência sobre o Estado e a evolução

constitucionalista. Esta é outra premissa do nosso estudo, ou seja, se por um lado percebemos que o ECI é dependente de um contexto constitucional (aqui trazido conforme a ideia do constitucionalismo andino), defendemos também que é a partir de uma conjuntura de crise que este tipo constitucionalista ganhará presença e efetividade. Lembrando o que citamos no tópico anterior, a Constituição de 1991 surge como uma necessidade e uma proposta de composição a uma crise estrutural sobre toda a sociedade colombiana; do mesmo modo, a Constituição de 1988 visa uma reconstrução da cidadania após longo período de exceção democrática.

Não muito diferente ocorre com outras nações latino-americanas, tal como o Peru, Equador, Bolívia e Argentina. E é a partir daí que surge até uma crítica contundente à própria noção de constitucionalismo latino-americano, pois parece demonstrar movimento e efeito particular de algumas nações, muito distante de incorporar uma concepção abrangente sobre a situação da região como um todo. Entrementes, conforme Adriano Corrêa Sousa (2014, p. 71), a caracterização do novo constitucionalismo latino-americano está no lançamento de ideais originais advindas de uma região do planeta que por muito se alimentou do pensamento estrangeiro, em suma europeu e estadunidense.

Ultrapassados os problemas envolvendo as denominações e conceitos, é a partir de brasileiros e colombianos que pretendemos exercer o recorte metodológico exato para a observação de uma regra comum, qual seja, a formação de um constitucionalismo, decorrente dos contextos de crise na América Latina do século XX, que proporciona a criação e formação de instrumentos eficazes na restauração de garantias e direitos, tal como o Estado de Coisas Inconstitucional. Mas antes de tudo é cabível uma investigação sobre o conceito, natureza e discussões que envolvem este denominado constitucionalismo andino ou latino-americano.

2.3.1 NEOCONSTITUCIONALISMO ANDINO: CONCEITO, ORIGENS, CARACTERÍSTICAS E INOVAÇÕES

Muito corriqueiramente é possível ler a afirmação de um “novo constitucionalismo latino-americano” e a pergunta que resta é: será realmente possível

pensar em uma originalidade constitucional no seio da América Latina? Cabe uma análise sobre origens, natureza, preceitos e finalidades, ou seja, a formação de uma doutrina sobre o constitucionalismo na América Latina, porém, uma doutrina despregada do laço colonial e realmente dotada de uma tendência *sui generis*. É a partir deste constitucionalismo, representado não pelo estudo das Constituições nacionais em isolado, mas conforme a hipótese de um diálogo comum na construção de uma metódica básica e independente, que enfrentamos, neste momento, a necessidade de determinar os parâmetros e base de uma prática constitucional idiossincrática latino-americana, bem como sua influência sobre a garantia de direitos e evolução da própria ciência jurídica.

Ao falar de um novo é preciso que esteja ressaltada a desconformidade entre modelos e concepções constitucionalistas usualmente utilizadas. Se por um lado há uma tradição constitucional representada pela reprodução irrestrita de ideais alienígenas ao território latino-americano (formada pela ponte ideológica que liga a América Latina ao continente europeu), por outro, há uma tradição que percorre caminho inversamente proporcional. Conforme anota Bragato e Castilho (2014, p. 11):

O chamado novo constitucionalismo latino-americano é uma prática constitucional adotada em muitos países do continente, nos últimos 30 anos, e que tem representado algumas mudanças, avanços e rupturas com o modelo constitucional de matriz europeia e norte-americana que, via de regra, serviram de modelo teórico para as Constituições desses países desde suas respectivas independências.

Este ideal constitucionalista produto da modernidade e fruto das transformações sociais, econômicas e políticas ocorridas nos últimos anos, é também taxado conforme uma profusão de denominações e compreensões, porém, sempre marcados por um gene comum: seu caractere pluralista. Vale mesmo mencionar a utilização do novo constitucionalismo latino-americano no âmbito do direito ambiental:

É nesse contexto que se insere o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, que, na tentativa de inserção da visão holística entre meio ambiente e ser humano, especialmente quando traz o princípio do *sumak kawsay* ou *buen vivir* como direcionador do próprio Estado, para assim, propor novos mecanismos de adequação entre sustentabilidade e desenvolvimento econômico (RODRIGUES; MARTÍN, 2013, p. 185).

Não só existe uma multiplicidade de acepções para a ideia de novo constitucionalismo latino-americano, como também uma profusão de termos referentes ao mesmo pensamento e teoria:

Diversas são as denominações adotadas, como Novo Constitucionalismo Latino-Americano (Viciano e Dalmau), Constitucionalismo Mestiço (Baldi), Constitucionalismo Andino e Constitucionalismo Pluralista Intercultural (Antônio Carlos Wolkmer), Neoconstitucionalismo Transformador (Santamaría), Constitucionalismo Pluralista (Raquel Fajardo), Constitucionalismo Experimental ou Constitucionalismo Transformador (Boaventura de Sousa Santos), Constitucionalismo da Diversidade (Uprimny) e outros” (BRAGATO; CASTILHO, 2014, p. 11).

É irrelevante adentrar a uma conceituação conforme cada uma das denominações construídas pelos autores citados, tendo em vista que todos partem de um raciocínio comum. Porém, optamos por utilizar duas das acima citadas por alguns motivos óbvios. Primeiro, a ênfase no caráter histórico inserida na pesquisa de Antônio Carlos Wolkmer, conferindo proximidade com o objetivo deste trabalho unir as bases do estudo histórico ao objeto da ciência jurídica. Segundo, a objetiva amplitude gerada pela utilização do termo constitucionalismo latino-americano, podendo muito bem abarcar e traduzir a raiz de uma tradição originariamente pertencente a esta região. Entrementes, ressaltamos contundentes percepções e diferenciações terminológicas feitas por alguns doutrinadores sobre os ciclos constitucionais que envolvem a formação deste novo constitucionalismo latino-americano. Uma destas está presente no trabalho de Ramiro Ávila Santamaría. Para este autor, há de ser feita uma diferenciação entre dois tipos de neoconstitucionalismos: o latino-americano e o andino.

O primeiro se trata da recepção do neoconstitucionalismo construído pela doutrina europeia e que teve um desenvolvimento próprio em nossa região (...) o neoconstitucionalismo andino ou transformador, majoritariamente tratado como novo constitucionalismo latino-americano, diz respeito à resposta ao problema da colonização persistente no subcontinente, por meio da dominação, da exploração e da discriminação (SOUSA, 2014, p. 71).

Não é possível falar de constitucionalismo latino-americano sem citar o trabalho do professor argentino Roberto Gargarella, em que exercendo uma “detida análise histórico-constitucional do século XX, retrata as inúmeras constituições adotadas e o impacto da instabilidade política como reflexo do caos institucional vivido” (VIEIRA; SOUZA, 2013, p. 252).

Iniciando um estudo sobre as origens do constitucionalismo na América, bem como as intencionalidades e principais contendas existentes no seio da produção das primeiras leis fundamentais na América Latina desde a independência, Gargarella (2013, p. 5) nota que os debates constitucionais são organizados segundo dois parâmetros, o primeiro é a autonomia individual e o segundo o auto-governo coletivo. Destas indagações é que surgem as maiores divergências, bem como a polarização política, em torno dos rumos a serem tomados na defesa de até que ponto seria possível defender a liberdade individual e qual seria a posição e a opinião popular nos caminhos tomados pelas nascentes nações. Segundo o posicionamento pró ou contra uma maior liberdade individual ou maior ou menor gama de poder nas mãos do povo é que surgem, segundo o autor argentino, três diferentes aproximações políticas: conservadores, republicanos e liberais:

In sum, what we find here are three different views, namely, one that vindicated the ideal of self-government, even at the risk of undermining the ideal of individual autonomy (republicanism); one that, in contrast to the previous one, appeared to be ready to sacrifice the ideal of collective self-government, in the name of preserving individual autonomy (liberalism); and a third view, that was open to challenge both ideals at the same time, in the name of a comprehensive conception of the good (conservatism) (GARGARELLA, 2013, ps. 6-7).

Portanto, um debate de origens do constitucionalismo na América Latina sempre terá por base essa tripartição político-jurídica na tentativa de proceder a uma resposta comum às supracitadas perguntas fundamentais do constitucionalismo. Em torno da autonomia e do auto-governo, as constituições latino-americanas, desde os processos de independência, tiveram de lidar com a necessidade de diálogo entre estas três vias e seus modelos nacionais diametralmente opostos em determinados termos.

Reflexo evidente desta partição de tendências políticas estará na história constitucional colombiana, por exemplo. Liberais e conservadores, guardadas as devidas ressalvas sobre as muitas facções e ideais dentro destes dois modelos hegemônicos, se enfrentaram, desde a independência, na luta pela imposição de um projeto nacional correspondente aos seus anseios e visões de mundo. Não será muito diferente em outros países latino-americanos, ainda que os processos de independência e os contextos regionais pudessem diferir em específicos casos. Assim, a formação do constitucionalismo latino-americano, bem como uma análise sobre suas origens, sempre

tenderá a abordar a influência política, econômica e social desta polaridade, tendo como referência o duplo enfoque levantado por Gargarella ao observar a autonomia e o auto-governo como questões centrais no desenvolvimento constitucional latino-americano. Em suma, falar de constituição na América Latina está diretamente ligado a falar de uma hegemonia periódica radical, liberal ou conservadora nas rédeas da ordem normativa e política, entretanto, é deste tipo de disposição, em muitos casos conseguida pela guerra, que começa a ser gestada uma maneira própria de responder aos contextos de crise e às problemáticas americanas, ou seja, é deste ponto que nasce o constitucionalismo andino.

Feita esta curta divagação dentre as muitas nomenclaturas possíveis para um mesmo fenômeno, tanto quanto uma percepção sobre as origens do constitucionalismo e as forças políticas inerentes ao seu surgimento na América Latina, o principal a ser apreendido é do que se trata quando falamos do desenvolvimento de um novo constitucionalismo latino-americano ou de um neoconstitucionalismo andino. Em outras palavras, a consolidação de “um produto originário de movimentos sociais, que começaram a se articular e sofisticar na América Latina, a partir da metade do século XX” (SOUSA, 2014, p. 71).

Neste diapasão, a doutrina majoritária coloca um divisor fundamental entre o constitucionalismo latino-americano e sua versão novacional. Enquanto aquela estava circunscrita a um contexto jurídico e histórico baseado na ainda presente dominação do imaginário colonial (mesmo após os movimentos de emancipação); esta última vem a basear um projeto de cidadania pluralista e multicultural (ausente no constitucionalismo latino-americano tradicional) que tem importantes reflexos sobre a sociedade e, conforme afirmamos neste trabalho, sobre o Judiciário. Rubens Dalmau (2008, p. 23) faz a diferenciação entre o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo latino-americano:

La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurren. Algunas sociedades latinoamericanas, al calor de procesos sociales de reivindicación y protesta que han tenido lugar en tiempos recientes, han sentido con fuerza esa

necesidad que se ha traducido en lo que podría conocerse como una nueva independencia, doscientos años después de la política. Independencia que esta vez no alcanza sólo a les élites de cada país, sino que sus sujetos son, principalmente, los pueblos.

A hipótese fundamental é a de que este pulo constitucional, demonstrando a abertura dos textos fundamentais a novos atores que por muito estiveram relegados ao esquecimento ou uma sub-representação institucional, esteve ligada a uma necessidade, qual seja, crises idiossincráticas envolvendo diversos setores da sociedade civil e ineficientemente tratados pelo Estado.

Portanto é da crise que nasce o neoconstitucionalismo latino-americano. Se faz necessário, portanto, mergulhar em uma investigação sobre o âmago desta crise que, conforme defendemos, é tão particular na América Latina que fez gerar um jeito próprio e independente de se fazer Constituições e criar direitos. Partimos para um estudo do constitucionalismo latino-americano antes de sua grande virada instrumental, vamos compreender como a história colonial deu à América Latina uma singularidade reveladora.

2.3.1.1 QUASE SEMPRE UMA MESMA HISTÓRIA: PERÍODO COLONIAL LATINO-AMERICANO E A FORMAÇÃO CONSTITUCIONALISTA

A hipótese comum de que, geralmente, partimos quando de qualquer análise sobre a América Latina é a remissão a períodos de dominação, exploração e usurpação. A história latino-americana confunde-se com o ideal do período colonial e da supremacia dos interesses estrangeiros sobre os rumos do Novo Mundo. Os processos de independência e o corte dos grilhões que ligavam Novo e Velho Mundo, porém, traziam a esperança de mudanças. Junto com a necessidade de construir-se uma noção de pertença aos Estados em formação, é possível inferir que nossas primeiras Constituições muito pouco ou quase nada tinham de latino-americanas, eram mero espelho das Cartas europeias ou mesmo influenciadas pelo empreendimento liberal norte-americano. Neste sentido que Antônio Carlos Wolkmer, Sérgio Augustin e Maria de Fátima Wolkmer (2012, p. 55) asseveram que o constitucionalismo clássico e a doutrina liberal-constitucionalista, aplicada à realidade latino-americana, poucas vezes reproduziram necessidades da real sociedade em seus segmentos majoritários, muito menos contemplaram o direito a recursos naturais como patrimônio comum.

Parte-se de um recorte periódico sobre as fases do pensamento teórico e crítico da América Latina. Em primeiro momento, o período colonial e a plena dependência para com os ordenamentos das Nações-matrizes. Com as revoluções e processos de independência, desde a segunda metade do século XIX até os anos que antecederam a Segunda Guerra Mundial, havia um predomínio das ideias positivistas. Após a Segunda Guerra Mundial até finais da década de setenta há fase de autonomia obtida pela formação de um pensamento latino-americano e suas correntes teóricas frente aos paradigmas dos países avançados (VALENCIA, 2005, p. 25).

Conforme o supracitado, é possível inferir que primeiro ciclo teve forte influência na formação do segundo. Não obstante a independência política, de certo que não era possível afirmar a independência ideológica. A maioria de nossas Constituições fundacionais foram produto de um pacto das elites tentando a organização de uma estrutura de poder contramajoritária e oposta à intervenção da cidadania na política (GARGARELLA, 2011, p. 88). E seguindo tal esteira, a dominação colonial permaneceu determinando os destinos e o futuro da América Latina mesmo depois do corte dos laços políticos (e ideológicos) com os colonizadores. Este inerente “diálogo” entre elites conservadoras e liberais também conduz a uma profusão de dicotomias no âmbito das constituições latino-americanas:

A maioria dos países latino-americanos entraram no século XX com constituições baseadas em acordos políticos entre as forças políticas predominantes na região: liberais e conservadores. Estes grupos tinham sido inimigos tenazes durante a primeira metade do século XIX. Os conservadores chilenos trataram brutalmente os opositores no início da República Conservadora em 1833. Na Argentina, houve sangrentos conflitos entre os conservadores unitários e os liberais federais. Na Guerra Federal na Venezuela (1859-1863) também confrontaram liberais e conservadores. E seu enfrentamento na Colômbia frequentemente fez eclodir guerras civis. No México, os liberais puros lutaram contra as forças dos conservadores santanistas. Mas entre 1850 e 1870, estas batalhas se traduziram em uma aliança que duraria décadas. As constituições criadas nestes anos eram uma síntese imperfeita dos objetivos dos liberais e conservadores (GARGARELLA, 2014, p. 11).

As influências deste embate colocam em questão as pretensas evoluções e progressos demonstrados neste primeiro ciclo constitucional latino-americano. Esta noção nos leva a posicionamentos divergentes quanto ao passado e o futuro das instituições políticas, sociais e jurídicas na latino-américa, conforme muito bem ressalta

Leonardo Avritzer (2016, ps. 77-78), existem aqueles argumentando no sentido de que não há nada de novo na América Latina que não a reprodução dos modelos europeu ou norte-americano; já outros seguem em caminho oposto e defendem a completa especificidade do complexo contexto social latino-americano.

Claudio Veliz é um dos defensores desta dependência, que ultrapassaria os tempos coloniais. Para este autor, a causa da extrema instabilidade política e social da América Latina restaria mergulhada na falta de determinados caracteres históricos:

The first is the absence of the feudal experience from the Latin American tradition; the second is the absence of religious nonconformity and the resulting latitudinarian centralism of the dominant religion; the third is the absence of any occurrence or circumstance over time that could conceivably be taken as the counterpart of the European Industrial Revolution; the fourth is the absence of those ideological, social, and developments associated with the French Revolution that so dramatically transformed the character of western European society during the past century and a half (VELIZ, 1980, p. 4).

De outro lado, estão os que percebem na América Latina a real concepção de um Novo Mundo. A tradição ibérica estaria no centro desta tentativa e influenciaria a formação de uma sociedade fundada sobre outras bases, em nada coincidentes com a noção imperante do Velho Mundo anglo-saxão. Conforme Avritzer (2016, p. 78), utilizando o ideal formulado pelo historiador norte-americano Richard Morse que poderíamos compreender um pouco melhor o quanto a América Latina se desaproxima da tradição europeia:

A especificidade da formação política latino-americana deve ser ligada à rejeição do liberalismo pelo pensamento tomista na Península Ibérica. Durante o século XVI, à medida que o liberalismo se desenvolvia no mundo anglo-saxão, desenvolvia-se também uma rejeição a ele na Península Ibérica. Essa rejeição à tradição de direitos individuais acabou, segundo Morse, gerando uma tradição completamente separada da que irá prevalecer na Europa e que Morse procura valorizar. Só que tal empreendimento tem um alto custo, qual seja, a desvinculação da tradição latino-americana de qualquer tentativa de construir um conceito de direitos humanos, democracia e justiça.

É nesta esteira que Morse é reconhecido por estabelecer uma revalorização da história latino-americana comparada, estabelecendo que “as novas colônias começaram, ou seus atores tiveram a sensação de começar, a partir de uma base nova” (MORSE, 1988, p. 23). A percepção de uma história latino-americana cuja formulação não está

estritamente vinculada à herança europeia e norte-americana preponderante, é a que talvez melhor se encaixe também na própria percepção de um constitucionalismo latino-americano. Ainda que possamos visualizar uma tradição constitucionalista, em primeiro momento, vinculada à formação e toda carga costumeira trazida de além mares, e neste contexto as primeiras Cartas constitucionais latino-americanas, é cabível sustentar que não demorou muito para que, tanto quanto a história, o direito na América Latina toma-se concepção compatível com as singularidades da vida e da política americana.

A verdade é que estas idiossincráticas sociedades, formadas essencialmente após os movimentos de independência, não estavam passíveis de submeter-se a uma das visões de mundo disponibilizadas pela tradição europeia:

A questão que surge na independência ibero-americana, portanto, não é a esquizofrenia da intelectualidade, dilacerada entre as visões de mundo ibérica e anglo-francesa. O que acontece é que nenhuma das visões, nem a mistura de ambas poderia oferecer uma ideologia hegemônica que encontrasse aceitação, ou mesmo aquiescência passiva, em sociedades (a) cujas identidades nacionais eram improvisadas, (b) cuja articulação interna era invertebrada, (c) onde nenhum poder soberano estava legitimado e (d) cujas relações econômicas com o mundo exterior envolviam uma mistura incerta de concessão externa e liberalização interna (MORSE, 1988, p. 78).

A partir do pressuposto supracitado, é possível sanar de antemão a noção geral de que a história da América Latina é apenas uma mera adaptação imperfeita das estruturas utilizadas e representativas da ocidentalidade dominante, terminando por conduzir a um perigoso determinismo que demonstra-se incompatível com a hipótese fundamental levantada por este trabalho, qual seja a funcionalidade de um contexto histórico, social, político e econômico particular na articulação de um progressismo jurídico dentro da América Latina.

Recuperando o ciclo histórico que determina as fases do pensamento latino-americano, é possível criticar o modelo predominante que encara no período pós-revolucionário um mero receptáculo dos modelos jurídico-liberais europeus. Assim, se é dito que o pensamento latino-americano só vai ganhar real emancipação (e mesmo assim uma “originalidade da cópia”¹⁸ no período pós-Segunda Guerra Mundial), é

¹⁸ Termo utilizado pelo ex-presidente brasileiro Fernando Henrique Cardoso em: CARDOSO, Fernando Henrique. Originalidade da Cópia: a Cepal e a ideia de desenvolvimento. In: **As ideias e seu lugar**. Petrópolis: Vozes, 1980.

possível empreender caminho inverso ao notar a proposta de construção das identidades nacionais, esforço condutor, seja direta ou indiretamente, de um pensamento originalmente latino-americano.

A formação da identidade nacional aparece como o primeiro esforço das recém-nascidas nações latino-americanas na consolidação de uma sociedade formalmente organizada e, por conseguinte, na própria incorporação do conceito de cidadão. De logo, devemos compreender que essa iniciativa não passa despercebida de determinantes exclusões e limitações, tal como ocorre com o negro e uma série de concepções implícitas na natureza indígena conforme a visão dominante. Entretanto, não se pode retirar deste momento a sua fundamental posição na composição do constitucionalismo latino-americano. Afinal, tal encargo passa a ser partilhado pelo constitucionalismo como meio legitimador de uma sociedade marcada pelas diferenças.

O peso da era colonial vai ressoar não só na construção do ordenamento jurídico latino-americano como terá, por muito tempo, importância fundamental na construção das sociedades do Novo Mundo. Como Tulio Halperín Donghi (1993, p. 1) ressalta, “at the dawn of the nineteenth century, the traces of conquest were still visible on the Latin America landscape.” No decorrer deste ciclo, sendo traçada a história conforme a pena e a tinta europeias, a modernidade começa a ser construída de acordo com a noção de unicidade e universalismo hereditário. Martin Bernal (2005, p. 26) deixa muito claro como tal universalismo é proposto tendo como referencial o cidadão europeu, sendo a civilização europeia decorrência direta da Grécia Antiga, concebida:

(...) como a primeira civilização universal e, ao mesmo tempo, como o antepassado cultural dos europeus. Esta relação dá à Europa um caráter universal, como o continente que representa não apenas a vanguarda do progresso mundial, mas a própria essência do mundo.

Esta hereditariedade intercivilizacional confere à Europa um direito puro e natural, mais percebido como um dever, de conduzir a humanidade (o mundo civilizado) e todos os seus velhos e novos integrantes para um padrão comum social, político e religioso. Mas não pode ser esquecida a fundamental importância que o Oriente representou:

No período entre os séculos XI e XIV, caracterizado como a Baixa Idade Média, o Ocidente europeu assistiu a um processo de ressurgimento do comércio e das cidades. O estabelecimento de contatos constantes e cada vez mais intensos com o Oriente, inicialmente através das Cruzadas e em seguida pela fixação ali de feitorias comerciais permanentes, garantiu um fluxo contínuo de produtos, especiarias e sobretudo um estilo de vida novo para a Europa (SEVCENKO, 1994, p.5).

Edward Said¹⁹ (1990, ps. 13-14) enfatiza a influência oriental na cultura e na própria ideologia europeias: “O Oriente expressa e representa esse papel, cultural e até mesmo ideologicamente, como um modelo de discurso como apoio de instituições, vocabulário, erudição, imagística, doutrina e até burocracias e estilos coloniais”.

Ademais, a própria formação da Espanha como Estado-nação, bem como, a emancipação e criação da cultura ibérica estiveram particularmente identificadas com a luta contra a dominação moura que datava desde o século VIII. Não por coincidência que a expulsão dos mulçumanos de seu último reduto em Córdoba coincide com a chegada de Cristóvão Colombo às Américas em 1492 (SEVCENKO, 1994, ps. 78-79).

O choque civilizacional promovido pelo desembarque europeu na América gera muito mais do que guerras, doenças e dominação. Das naus europeias desembarcaram muito mais do que armas, germes e aço²⁰. Como pontua Francisca Azevedo (1996, p. 19), “com a chegada dos europeus, as sociedades americanas perderam sua identidade e ganharam muitas.” Historiadores como Tzvetan Todorov (1996, ps. 6-7) pontuam tal encontro como o mais significativo da nossa história, visto que é a partir da conquista da América que ganhará raízes nossa própria identidade presente. Por assim dizer, é no conflito de identidades que estará o contorno mais perceptível da construção do próprio Novo Mundo.

Esse específico efeito do período colonizatório estará presente, posteriormente, na construção das Constituições latino-americanas. De certa forma, a busca por uma identidade comum (e o próprio esforço em construí-la) estará direta ou indiretamente

¹⁹ O escritor palestino Edward W. Said é um dos primeiros autores a desenvolver a chamada teoria pós-colonial, exercendo a percepção crítica sobre uma série representações e construções eurocêntricas que baseiam uma divisão do mundo entre colonos e colonizadores. “A teoria pós-colonial, em seu prelúdio, surge como uma abordagem de análise das tensões resultantes entre o centro e as periferias” (AGUIAR, 2016, p. 275)

²⁰ Referência ao livro “Armas, germes e aço” do autor Jared Diamond, relatando a grande influência exercida pelo armamento, doenças e do próprio aço europeu na dominação da América e das civilizações pré-colombianas.

destacada dentre os variados textos constitucionais. Aí está uma primeira aproximação de caráter histórico que termina por resultar em uma consequência jurídica comum latino-americana, nosso passado colonial nos trouxe a necessidade de formatar um futuro baseado em uma mesma pedra angular: a identidade.

Como parte integrante desta construção identitária estava o indígena e uma concepção sobre sua importância na própria americanidade. A percepção pré-colonial de duas Américas, uma portuguesa e outra espanhola, decerto reflete diferentes modelos colonizatórios, porém, a necessidade de compatibilizar o indígena ao projeto civilizatório é comum tanto a portugueses quanto a espanhóis. Enquanto nos primeiros momentos da chegada do europeu, bem como nos primeiros anos de dominação, não há a necessidade de construir-se uma sociedade realmente latino-americana (e logo não há sequer o esforço na percepção de uma identidade tal qual), não é possível adentrar ao espaço histórico reservado aos esforços de emancipação e estruturação da América Latina sem antes compreender o choque causado pelo encontro dos seus principais personagens.

América espanhola é talvez o melhor exemplo de como se deu este combate entre europeus e indígenas segundo uma perspectiva cultural, conflito este que determinou como as primeiras constituições tratariam e desenvolveriam o próprio indígena. A história propôs a hipótese de que a dominação espanhola foi especialmente cruel e devastadora para as variadas culturas indígenas e assim criou-se uma lenda:

A ideia de que nenhuma cultura indígena perdurou após as conquistas era consistente com a *Leyenda Negra* (Lenda Negra), a tradição de crítica anti-hispânica que se desenvolveu no século XVI, floresceu nos séculos XVII, XVIII e XIX e continuou a influenciar as interpretações da história espanhola e hispano-americana no século XX. Os críticos do colonialismo espanhol afirmavam que os conquistadores haviam sido desumanos e que uma importante consequência de sua desumanidade fora a destruição desnecessária das civilizações indígenas americanas (GIBSON, 2004, p. 269).

De fato, a dominação espanhola vinha implicitamente rodeada de conceitos e preconceitos que não permitiam ao índio qualquer espaço que não fosse a exclusão ou submissão. Como muito bem destaca James Adovasio (2011, p. 24), “os espanhóis puderam ter uma ideia da diversidade cultural do Novo Mundo, mas, mesmo os astecas, com seu modelo de sociedade evoluída, não cabiam nos estreitos limites dos

preconceitos europeus”. Por logo, a história da América Latina começa por ser uma história do esquecimento, após o espanto e a surpresa do primeiro contato vem a necessidade de determinar o rumo e o futuro de dominadores e dominados:

A conquista foi intensa e destruidora, mas seu principal efeito para a história maior é que ela colocou os índios sob a jurisdição espanhola e tornou-os sujeitos à lei espanhola e a todo espectro de controles e influências espanholas, legais e ilegais. Além disso, por ser o imperialismo espanhol autoconscientemente monopolista, a conquista carregou consigo a rejeição implícita ou explícita de outras influências europeias não-hispânicas sobre os índios (GIBSON, 2004, p. 273).

Bem ou mal, uma sociedade nunca antes vista ou tentada nascia no Novo Mundo muito bem financiada por motivações econômicas, religiosas e políticas. Longe do senso comum de que a empreitada americana estaria vinculada a apenas uma necessidade de expansão econômica, a historiografia estabeleceu que a religião e a política estiveram centralmente presentes no imaginário dos desbravadores europeus. É nesta linha que, por exemplo, “a expansão do cristianismo é muito mais importante para Colombo do que o ouro” (TODOROV, 1996, p. 10).

Entrementes, é no chamado período revolucionário, diante da emancipação das colônias americanas, que notamos a tentativa primordial de construção de uma identidade que em muito se repete ao decorrer das constituições latino-americanas. Era necessária a afirmação de uma identidade comum e forte o bastante para cortar os laços ligantes ao Velho Mundo.

Porém, do ponto de vista do Direito Internacional, as independências não representaram de logo o afloramento de um novo e autônomo padrão de construção e afirmação de direitos. Ainda que o terreno fosse fértil o bastante para ver raiar a possibilidade de um modo latino-americano de conviver com o Direito, o certo é que o primeiro ciclo jurídico adotado nas recém-criadas nações latino-americanas muito mais enfatizou o direito internacional eurocêntrico já existente. Como muito bem destaca Onuma Yasuaki (2010, p. 293):

Like the case with the independence of the United States, Latin America nations were already Christianized and in many respects Europeanized in their world images when attaining independence. Therefore, it was felt natural that they would become members of the Eurocentric international society and accept Eurocentric international law. On the other hand, because

most Latin America nations were poorer and underdeveloped in terms of economics, they suffered from the existing Eurocentric international law, which was favourable to major European powers. Governments, international lawyers and other people in Latin America nations challenged a number of existing norms of Eurocentric international law. But on the whole, they followed the basic structure of Eurocentric international law.

Por assim dizer, o fim do período colonial representa uma grande ruptura política, porém, culturalmente, economicamente e, principalmente, juridicamente, não será notada tal virada ou quebra paradigmática. Conforme afirmado no começo deste tópico, o constitucionalismo na América Latina está dividido em dois momentos: o primeiro, caracterizado pela extrema influência do modelo jurídico europeu e o segundo demonstrado pela gestação de uma nova referência constitucional. Este último sistema apenas poderá ser sentido no pós-Segunda Guerra Mundial. Neste sentido é que poderá ser defendido que “a despeito da influência colonizadora, o ambiente colonizado proporcionou feições próprias aos mecanismos e elementos modernizadores” (BELLO, 2012, p. 32)

Mas é válido notar que a formação neoconstitucionalista andina não se deu de um dia para o outro e foi fortemente influenciada por uma série de fatores. De fato, a formação neoconstitucionalista na América Latina, baseada em uma contraposição aos efeitos negativos do direito moderno neste continente, não possui direcionamento unívoco e, por assim dizer, está em vias de desenvolvimento, tomando diferentes soluções e abordagens (TÁRREGA, 2013, p. 4). É conforme este posicionamento que, fazendo um paralelo com nosso principal objeto de pesquisa, o Estado de Coisas Inconstitucional posiciona-se como mais uma peça fundamental na ampliação e modernização deste novo constitucionalismo, muito devido à sua natureza inerentemente latino-americana e formatação inovadora diante do posicionamento do poder estatal diante das sucessivas crises sentidas no seio da América Latina.

Em seguida, destacamos dois paradigmas teóricos que muito bem proporcionam o espaço aberto para um verdadeiro *turn* jurídico na América Latina, um através do olhar da história com a teoria pós-colonial, base de uma transformação na concepção de construtivismo constitucional na América Latina diante de uma preocupação de inclusão e ressignificação; e outro pelo olhar do direito com a teoria da

interconstitucionalidade, fundamental na associação de uma troca de instrumentos e projetos de proteção de direitos dentre os países integrantes da cultura latino-americana.

2.3.1.2 INFLUÊNCIAS DA TEORIA PÓS-COLONIAL NO DESENVOLVIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Destacamos no tópico antecedente o “velho” constitucionalismo latino-americano. Determinado pela eurocentrismo, representou a reprodução das práticas e ferramentas de domínio dos colonizadores, deixando uma série de veias abertas nas sociedades latino-americanas. Neste diapasão, firmamos que nem mesmo os processos revolucionários e de independência puderam suplantar a subjugação implícita nas estruturas dos futuros Estados da América Latina. Tal permanência foi transportada para o espírito das Cartas Magnas e ordenamentos jurídicos. Se nos palácios e prédios governamentais, documentos e despachos administrativos, até mesmo nos livros e representações da época, os símbolos da Metrópole eram apagados ou ao menos disfarçados, muito menos abrupta foi tal conversão no âmago da sociedade latino-americana e a colonialidade permaneceu arraigada em determinados valores e práxis. A teoria pós-colonial identifica que:

(...) a perspectiva eurocêntrica da modernidade foi cultivada e se sustentou em razão da colonialidade expressa, notadamente em quatro dimensões inter-relacionadas: colonialidade do poder, do saber, do ser e cosmológica. A colonialidade do poder trouxe a ideia de que os europeus eram superiores aos demais povos (...). Já a partir da colonialidade do saber, a produção do conhecimento é aquela realizada de acordo com os padrões eurocêtricos, dotada de uma racionalidade matemática específica e mecanicista, una e universal que intenta na separação do homem de seu contexto (...). A colonialidade do ser, por sua vez, explica o ser – não ser enquanto parte de uma categoria dualista, a partir da ideia de raça (...). A colonialidade cosmológica, menos estudada pela intelectualidade latino-americana, destaca-se na construção deste trabalho e pode ser compreendida como a colonialidade sobre as filosofias de vida dos povos originários do continente (MARTINS, 2015, ps. 30-31).

Em suma, a teoria pós-colonialista tenta mostrar a relevância prática e hodierna do colonialismo nos seios das sociedades que, mesmo após a emancipação política, não deixaram de ostentar pesados grilhões que, mesmo indiretamente, impactaram e impactam no desenvolvimento social, político e jurídico. Segundo Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 13), o pós-colonialismo pode ser entendido segundo duas vertentes, uma é o período histórico que se sucede à independência das colônias, outra é o

conjunto de práticas e discursos que buscam desconstruir a narrativa colonial tal como escrita pelo colonizador.

Usando desta segunda acepção, que a teoria pós-colonialista coloca-se em uma área cinzenta entre colonizadores e colonizados, nas palavras do professor português: “Whereas colonial discourse was based on the polarity between the colonizer (Prospero) and the colonized (Caliban), postcolonialism underscores the ambivalence and hybridity between the two” (SANTOS, 2002, p. 14). Os pós-colonialistas não só observam o passado colonial e as várias vozes que foram deixadas de lado na construção da história das “nações subalternas”, mas também promovem uma análise de um presente extremamente solidificado em ideais produzidos e reproduzidos, ainda que imperceptivelmente, conforme a lente do dominador. É fácil perceber tal abstração nos discursos de inferiorização do direito na América Latina. Por conseguinte, é neste meio que o neoconstitucionalismo recebe sua maior influência da teoria pós-colonial, influente sobre a própria noção do que é o neoconstitucionalismo:

Portanto, o ‘novo’ do novo constitucionalismo latino-americano não é o novo do movimento constitucional da América Latina como se sua matriz fosse apenas uma discussão no âmbito constitucional de países latino-americanos. Isso seria uma forma totalmente simplista desse movimento emancipatório. Do contrário, tal paradigma apresenta-se como novo em seu movimento pós-colonial, de ruptura com conceitos e preceitos hegemônicos que foram alicerçados no pensamento das sociedades modernas, baseando-se sempre (na medida em que se insere em um movimento sub-paradigmático e pós-colonialista) na ética do outro (RODRIGUES; MARTÍN, 2013, ps. 182-183).

Não há, portanto, como falar do neoconstitucionalismo de estirpe latino-americana sem remeter à sua funcionalidade descolonial. No centro deste neoconstitucionalismo está o pluralismo jurídico (tal como será melhor explicado no tópico 3.2.2), o que vai de encontro diretamente ao paradigma colonizatório de unificação e homogeneização jurídica. O Direito alienígena colonizador sufocou um Direito Nacional autenticamente proveniente de comunidades nativas, desconsiderando práticas costumeiras de um Direito autóctone (WOLKMER, 2006, p. 93).

A contestação neoconstitucionalista latino-americana não fica restrita apenas à necessidade de (re)construção de um Direito apto a responder a um contexto de crises regionalmente situadas. Mesmo o Estado tradicionalmente formulado conforme a

proposta colonialista não comporta as potencialidades deste novo modelo constitucionalista:

Os novos modelos constitucionais latino-americanos questionaram o paradigma clássico de Estado-nação ou Estado nacional que, fruto da modernidade e marcado pelas ideologias da universalidade e homogeneidade étnica, jurídica e cultural, possibilitou o desenvolvimento do capitalismo moderno e mostrou-se inadequado à diversidade cultural, jurídica e de expressões referentes à identidade, à autonomia, à linguagem e ao conhecimento dos grupos sociais latino-americanos historicamente colocados em situação de opressão pela lógica da colonialidade. Tal concepção de Estado, enquanto expressão de uma nação única e culturalmente homogênea, invisibilizou as identidades próprias e heterogêneas dos povos originários também existentes no interior de suas fronteiras, excluindo-os de quaisquer parcelas de poder e cidadania e negando constitucionalmente a realidade concreta diversa e plural da América Latina (MARTINS, 2015, p. 45).

Usando do termo cunhado por Boaventura de Sousa Santos, o neoconstitucionalismo andino toma parte no movimento de construção e constituição de uma Epistemologia do Sul, ou seja, um contraponto aos fortes resquícios da dominação e subjugação colonial exercida mesmo após o fim da relação política Matriz-Colônia. Melhor explicando o termo, as epistemologias do sul estão fundamentadas em dois pontos. O primeiro está na análise de uma pluralidade interna da ciência (não há apenas uma maneira de se fazer ciência mas sim variadas). O segundo é conforme a pluralidade externa, explicada pelas relações existentes entre a ciência e outros saberes (o dito saber não-científico ou leigo) (COLAÇO; DAMÁZIO, 2012, ps. 21-22).

2.3.1.3 TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE LATINO-AMERICANA E APLICABILIDADE SOBRE O MODELO NEOCONSTITUCIONALISTA ANDINO

Evidenciamos, nos últimos tópicos, uma história e a construção de uma identidade nas formações constitucionais dos países latino-americanos. O neoconstitucionalismo latino-americano, portanto, toma parte como um produto das trocas e relações exercidas a partir de uma raiz comum e geral. Em nosso modo de perceber, há uma forma particular de entender, dialogar e praticar direito que é comum aos países latino-americanos, muito disto está evidenciado pelo decorrer histórico, os aspectos e objetivos comuns, bem como pela influência de um pluralismo jurídico na formatação das Cartas Magnas latino-americanas.

Entretanto, para completarmos a temática e demonstrarmos o quanto o constitucionalismo ganhou existência idiossincrática dentre os latino-americanos, é necessário discutir em um novo nível. Se por um momento falamos de uma história comum influenciadora de uma identidade comum, identidade esta transportada para os ímpetus constitucionais, é preciso agora tratar como se dá o inter-relacionamento dentre tais constituições. Isto só é possível conforme a Teoria da Interconstitucionalidade e, principalmente, sua tradução para a realidade constitucional latino-americana.

A teoria da interconstitucionalidade é muito bem explicada por Canotilho (2008, ps. 265-266) como o estudo das “relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”. Desde o período medieval é possível notar a convivência de diversas ordens jurídicas ao mesmo tempo em determinada região ou território (RIBEIRO; ROMANCINI, 2015, p. 164), entretanto, é segundo um contexto bem mais recente que percebe-se a real natureza desta teoria, pois

(...)a ideia de interconstitucionalidade procura responder aos desafios trazidos à plataforma constitucional pelos processos de reconfiguração político-institucional das últimas décadas e, em particular, à normatividade em rede daí resultante. O delineamento de uma ordem jurídica europeia (...) se consoma enquanto supranacionalismo decisório, surge, com efeito, como realidade propiciadora, quando não exigente, de um diálogo entre ordenamentos de diversa índole e de diferente relevância escalar (MARTINS, 2016, p. 9)

A Europa é terreno fértil para qualquer início de análise sobre a teoria em comento, perfazendo-se em vetor exemplar da existência desta interconstitucionalidade e da marcante presença de influências mútuas nas construções jurídicas nacionais que partilham, muitas vezes, passados e presentes muito semelhantes. Portanto, alguns fatores são determinantes na conformação de uma série de constituições em uma espécie de teia interconstitucional, e tais fatores são notáveis do sistema jurídico europeu:

(i) existência de uma rede de constituições de estados soberanos; (ii) turbulência produzida na organização constitucional dos estados soberanos pelas organizações políticas supranacionais; (iii) recombinação das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de natureza superior; (iv) articulação da coerência constitucional estatal com a diversidade de constituições inseridas na rede interconstitucional; (v) criação de esquemas jurídico-políticos caracterizados por um grau suficiente de confiança condicionada entre as várias constituições imbricadas na rede e entre essas constituições e a constituições revelada pela organização política de grandeza superior (CANOTILHO, 2008, p. 267)

A União Europeia, segundo a doutrina do constitucionalista português, é perfeita tradução das convergências e divergências possíveis dentro da teoria da interconstitucionalidade. A fundamental crítica surge quanto à preservação da soberania e da identidade das nações em função do respeito a uma normativa internacional superior, ou seja, a possibilidade de as constituições sofrerem “mudanças ao serem inseridas no contexto da rede interconstitucional. Isso porque o Estado deve obedecer as normativas internacionais” (RIBEIRO; ROMANCINI, 2015, p. 164). De modo geral, o ideal de interconstitucionalidade vem tentar promover uma virada no conceito de Constituição, fazendo desaparecer o paradigma da Carta Magna como proteção da soberania, território e legitimidade para o trato das matérias internas sem qualquer influência externa (SOUSA, 2016, p. 98).

O interconstitucionalismo, na experiência europeia, estaria em avançado grau de desenvolvimento na percepção da defesa de direitos fundamentais. De fato, a mera existência de uma organização constitucional supranacional oferece a possibilidade de proteção conforme o modelo que melhor disponibilize a proteção e defesa de direitos, “culmina na possibilidade de utiliza-se de outras jurisdições constitucionais dentro de uma mesma rede, para efetivar a tutela e a proteção dos direitos fundamentais” (ROMANCINI, 2016, p. 268).

Destacado o significado da teoria da interconstitucionalidade e sua aplicabilidade no modelo europeu, seria possível exercer a mesma noção sobre as propostas aqui apresentadas pelo diálogo histórico-jurídico dentre as constituições latino-americanas, demonstrado conforme o parâmetro do neoconstitucionalismo andino?

Primeiramente, é necessária a demonstração que a teoria da interconstitucionalidade não caminha aos mesmos passos em terras europeias e latino-americanas. De fato, não há na América Latina um sistema jurídico único, supranacional, de alta integração e imposto uniformemente a todos os Estados (ROMANCINI, 2016, p. 273). A identificação da rede de interconstitucionalidade latino-americana toma formato conforme o chamado sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

2.3.2 PLURALISMO JURÍDICO: UM SINTOMA DO NEOCONSTITUCIONALISMO ANDINO

No tópico 2.2.1 enfatizamos a Constituição de 1991 e a própria atuação da Corte Constitucional Colombiana na afirmação do pluralismo jurídico e concretização da inclusão de sujeitos, até então, deixados de lado na construção jurídica colombiana. É cabível, portanto, entender o porquê desta concepção exercer papel tão central na teoria neoconstitucionalista latino-americana e servir de impulsionador de mudanças que ultrapassam a questão indígena e o ordenamento colombiano. Nesta esteira, este tópico também abordará seu principal ponto de objeção (ou seja, o chamado monismo jurídico) e como ele tomou parte como integrante básico de uma nova forma de criar direitos na América Latina. Em suma, é a partir do pluralismo jurídico que podemos concretizar a marca de nossa hipótese neste trabalho: a evolução histórico-constitucional que deu razão a novos instrumentos de defesa dos direitos humanos segundo a perspectiva regional latino-americana.

Uma boa conceituação do chamado pluralismo jurídico passa exatamente por uma compreensão das ideias e preceitos que com ele antagonizam. Portanto, é preciso que analisemos como o monismo jurídico por muito monopolizou a discussão em torno das fontes geradoras do Direito a partir de uma estrita relação entre Estado regulador e sociedade regulada. Conforme Wolkmer (2013, p. 14):

O monismo jurídico é a concepção, consolidada ao longo da modernidade, segundo a qual o Estado é o centro único do poder e o detentor do monopólio de produção das normas jurídicas. Enquanto sinônimo de direito estatal, o direito encerra-se nos textos legais emanados do poder legislativo. Nesse contexto, a lei vale pelo simples fato de ser a lei, de modo que sua legitimidade advém da mera observância dos procedimentos previamente estabelecidos, isto é, das normas que regulamentam o processo legislativo.

O primeiro ciclo formativo do monismo jurídico data do processo de formação e consolidação do Estado absolutista. Autores como Jean Bodin (1530-1596) e Thomas Hobbes (1588-1679) firmaram a defesa teórica da centralização do poder como modo de organização da sociedade e afirmação do próprio poder.

Como em Bodin, também em Hobbes o absolutismo da soberania acarreta sua indivisibilidade, e a desdenhosa rejeição de todo governo misto. Dividir o Poder, é dissolvê-lo. Os fragmentos do Poder reciprocamente se destroem.

Tornam-se outras tantas facções, pessoas soberanas. Verdadeira doença do corpo social (...). O Direito, para Hobbes, não tem nem pode ter senão uma fonte: o Estado (CHEVALIER, 1976, p. 74).

Bodin traz um elemento novo para o conceito de Estado baseado no conceito de soberania ou, mais diretamente, a própria assimilação do poder com o direito através da soberania. A soberania confiada às mãos do Príncipe tem por natural característica a incondicionalidade: “La souveraineté donnée à un prince sous charges et conditions n’est pas à proprement parler souveraineté ni puissance publique” (BODIN, 1576, p. 84)

Por assim dizer, a soberania moderna desponta como um fundamento jurídico e político para o direito e o poder (MAGALHÃES, 2016, p. 179). A personificação do Estado, bem como da soberania como prerrogativa de político-jurídica, está no monarca e o privilégio de ser infalível em suas decisões, medidas e ordenamentos. “Pode-se dizer que o conceito de soberania absoluta exprimiu o ponto máximo do poder, quando este se manifestou como o direito que o soberano tem de ‘ser’ o direito” (MAGALHÃES, 2016, p. 175).

Já para Hobbes, o Direito é a marca fundamental do poder soberano. Apenas é Direito o *command* do soberano (MAGALHÃES, 2016, p. 185), e necessário que decorrente de um Estado dotado da independência e a autonomia necessárias para fazer valer as ordens e deveres comuns aos súditos. Tudo isto justificado pela necessidade de preservação da vida e da paz:

A finalidade de se fazer leis é, portanto, tão somente a de restringir aquela situação inicial de liberdade absoluta, no contexto da qual a paz não é possível. Por isso, a lei civil é sempre um produto da vontade daquele que tem poder de mando, o soberano (...). O direito de mandar e, portanto, de fazer leis, é uma prerrogativa do soberano (MAGALHÃES, 2016, ps. 210-211).

Em *Leviatã*, Hobbes traz esta marca do poder único e absoluto como uma necessidade natural do Estado para a defesa dos seus súditos:

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade

(...). Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama *Estado*, em latim *civitas*. É esta geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele *Deus Mortal*, ao qual devemos, abaixo do *Deus Imortal*, nossa paz e defesa (...). Àquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e dele se diz que possui *poder soberano*. Todos os restantes são súditos (HOBBS, 1974, ps. 109-110).

Mesmo após a derrocada dos Estados absolutistas e a decadência da própria noção de centralização do poder e do Direito nas mãos de um monarca, as revoluções liberais terminaram por não sepultar o monismo jurídico, pelo contrário, enfatizaram o valor da norma positivada. O ideal de um Direito, decorrente de uma estrutura formal, estatal e concentrada de estruturação e produção da lei, permanecia fortemente arraigado na sociedade ocidental.

Em suma, tomando a norma como objeto da ciência jurídica, o monismo sempre tentou centralizar a produção normativa nas mãos de um único ente e assim consolidar a organização do poder na sociedade, seja qual for o tipo de governo ou estrutura estatal. Não por menos que o monismo encontra grande guarida no chamado positivismo jurídico ou juspositivismo, ou seja, posicionamento jusfilosófico que fundamenta “o ponto de vista do direito como simples questão de fato e a alegação de que o verdadeiro argumento sobre direito deve ser empírico, não teórico” (DWORKIN, 2014, p. 46). Supracitamos a noção de soberania em Bodin e Hobbes, representantes e defensores da corrente doutrinária que sustentou a noção de soberania como necessária e absolutamente imprescindível na organização e controle da sociedade. Uma diferente perspectiva sobre a soberania é dada por Hans Kelsen:

(...) descreveu o conceito de soberania como um dogma, como algo a ser abandonado, visto que tal conceito serviu apenas para atender às necessidades práticas, para servir às várias tendências políticas. O conceito de soberania, de fato, apresenta-se como um conceito, da perspectiva de Kelsen, bastante problemático. Se, para Kelsen, não há nada na realidade social que se possa chamar por Estado, nessa realidade também não existe algo que mereça o nome de soberania, enquanto manifestação do poder do Estado e nota essencial deste. Kelsen conclui que, assim como a norma fundamental cumpre o papel de, como pressuposto hipotético, tornar possível ‘pensar logicamente’ o direito desde sua positividade, a soberania pode apenas desempenhar função em relação ao Estado (MAGALHÃES, 2016, p. 234).

A soberania conforme o autor austríaco, portanto, passa pelo não desenvolvimento concreto de um conceito dada sua inconsistência material, verificar a soberania de determinado Estado “não se trata de uma questão que possa ser respondida

do mesmo modo que, por exemplo, saber qual é o peso específico de um metal” (KELSEN, 1998, p. 545).

Se dentre os absolutistas a soberania cumpria uma dupla função, sendo base do poder jurídico e político, acima de tudo formalizando uma submissão do Direito à política; para os juspositivistas, como Kelsen, a soberania não tem a mesma funcionalidade para o campo jurídico. “Há um reconhecimento de que o direito não é uma ordem do soberano, assim como o Estado não é soberano. O conceito de soberania existe apenas enquanto cumpre uma função cognoscitiva e, portanto, teórica” (MAGALHÃES, 2016, p. 234). A soberania, nesta conjuntura, é dependente da percepção jurídica e afasta a noção política da equação. “A questão de saber se um Estado é soberano é a questão de saber se se pressupõe a ordem jurídica estadual como suprema” (KELSEN, 1998, p. 350). Em conclusão, quem seria o detentor da soberania em Kelsen?

Kelsen assevera que a soberania corresponde somente ao Estado enquanto sistema legal (e não acima do sistema normativo), isto é, um sistema que regula o comportamento humano. Ou seja, não há como determinar qualquer soberano que não o próprio sistema normativo, o qual obtém validade objetiva tão somente através da pressuposição lógica-fundamental de uma norma superior. Nesse caso, a pergunta possível não é mais: quem é o soberano? Porém, qual o sistema normativo é o soberano? Não se questiona quem é o sujeito soberano, mas qual sistema normativo vale, isto é, obrigatório para todos e não determinado por outro sistema jurídico superior (SOUZA, 2016, p. 636).

Este conceito de soberania já muito demonstra o efeito pretendido pelo juspositivismo sobre a teoria de formação da norma e sua perfeita disposição ao padrão monista. Kelsen pretendeu estabelecer os limites e as os caracteres inerentes à ciência jurídica para alcançar uma pureza epistemológica. Em suma, “examinar a possibilidade e limites do conhecimento jurídico e de estabelecer as condições para termos proposições cognoscitivas que formem uma ciência jurídica *stricto sensu*” (WARAT, 1983, p. 65). Assim, o conceito de soberania apenas poderia ser apreendido em concordância com os postulados gerais da pureza epistemológica clarificadora (tanto quanto redutora) do Direito.

Em uma análise geral deste positivismo jurídico, de que faz parte Hans Kelsen, anota Wolkmer (p. 2), “a lógica linear da moderna estrutura do saber jurídico desdobra-se em dois paradigmas hegemônicos: o racionalismo metafísico-natural (o

jusnaturalismo) e o racionalismo lógico-instrumental (o positivismo jurídico)”. Em uma resumida diferenciação, este último concederia a visão de que o direito estaria fundamentado na legitimidade dada ao Estado para fazer nascer a norma e objetivamente comprovável no ofício legislativo. Este juspositivismo nada mais é do que “o processo de juridificação do Estado e de estatização do direito, e pelo qual o direito é cada vez mais identificado com o conjunto de normas vinculadas direta ou indiretamente ao aparato coercitivo (que, em sua expressão mais alta, é próprio do Estado)” (BOBBIO, 2003, p. 130).

Em cenário oposto, os jusnaturalistas “sustentam que os juristas seguem critérios que não são inteiramente factuais, mas, pelo menos até certo ponto, morais, para decidirem que as proposições jurídicas são verdadeiras” (DWORKIN, 2014, p. 44). Para Norberto Bobbio (2003, p. 131), todo o debate entre juspositivistas e jusnaturalistas surge diante do Estado moderno e o monopólio do direito advindo da prática legislativa em detrimento de um direito legítimo conforme os valores formadores daquela sociedade e não conforme normas positivadas.

Esta determinável pureza jurídica trazida pelo monismo termina por desaguar em uma série de problemáticas e complicadores. O primeiro estaria no esquecimento do plano concreto (ser) em detrimento de uma extrema proteção do plano ideal (dever-ser), ou seja, a norma não levaria em conta os fatores formadores da sua aplicação no caso concreto, muito menos restaria preocupada com as transformações morais e valorativas do corpo social. “O direito legitima-se por si mesmo, independentemente de referências a valores morais ou políticos e dos limites e insuficiência empíricas das instituições estatais” (WOLKMER, 2013a, p. 15).

Ao mesmo tempo, uma segunda adversidade estaria no suposto engessamento normativo diante das reivindicações sociais, bem como um enrijecimento das disparidades sócio-econômicas diante de uma proposital surdez institucional ao direito de minorias, tudo isto no contexto de uma crise de representatividade latente. Luís Roberto Barroso (2017, ps. 277-278) pontua a decadência da premissa juspositivista conforme sua potencialidade totalizadora:

Em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos

de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem (...). Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido.

Conforme tal contexto, “as teses pluralistas surgem como contraponto ao monismo positivista. Denunciam o caráter classista e a perda da funcionalidade das instituições estatais, incapazes de responder às novas demandas sociais” (WOLKMER, 2013a, p. 15). O pluralismo jurídico, portanto, é uma tentativa de exercer uma correspondência direta entre as transformações geradas por uma sociedade, muito frequentemente decorrente de um contexto de crise, e a resposta normativa dada pelo direito seja ele nato do ente estatal ou não.

Desde já ressaltamos um ponto que melhor e mais detidamente abordaremos quando fizermos uma comparação entre os modelos constitucionais colombiano e brasileiro conforme a textura do pluralismo jurídico. O debate monismo-pluralismo em um contexto *lato sensu*, demonstrando a legitimidade da descentralização não só jurídica como cultural, não poderia ser melhor exemplificado do que na América Latina. Em dissertação de mestrado, Débora Ferrazzo (2015, p. 149) demonstra tal correlação:

A despeito do projeto civilizador da humanidade, que aspirava universalizar um padrão de existência humana baseado na particularidade de um continente e de uma cultura – o eurocentrismo, o monismo cultural nunca foi realidade, especialmente nas regiões periféricas, onde resistiram culturas e diversidades diversas, inclusive coexistindo com grupos onde a assimilação do projeto civilizador produziu efeitos mais claros. A América Latina é um destes casos. Mesmo sob ‘os grandes impérios’, ou as altas civilizações Inca, Maia e Asteca, se organizavam milhares de povos, com milhares de dialetos entre si (...) onde se mantinham as autoridades e tradições locais mesmo após a incorporação às tais civilizações nos processos beligerantes. Mostra de que o poder só se converteu em formas tão complexas de dominação, ao menos para a periferia latino-americana, após o desastroso contato com o colonizador.

A percepção acima apontada conduz, de logo, a uma constatação sobre a presença do pluralismo, e aqui nos voltamos para o pluralismo jurídico em espécie, nas Américas conforme uma perspectiva histórico-jurídica, ou seja:

Apesar do predomínio oficial do Direito Estatal, a pluralidade normativa e cultural é uma das características centrais da esfera jurídica latino-americana e brasileira. A existência de populações indígenas originárias marcou a

relação desses grupos com os estados do continente. Junto com este pluralismo jurídico colonial marcado pelo conflito entre ordens legais indígenas e a ordem do Estado, foram surgindo outras expressões de pluralismo devido pela ineficácia do modelo ocidental de Direito como pelas situações extremas da exclusão social (RUBIO, 2013, p. 58).

Feito este pequeno aparte é preciso, portanto, adentrar ao macrocosmo do pluralismo, visto que não está restrito ao âmbito do Direito muito menos é aplicável apenas ao relacionamento entre sociedade e Estado tendo por meio a regulação da vida civil. Desde a política, passando pela economia, cultura, filosofia e sociologia, possuem suas próprias acepções de pluralismo com uma gama de características e consequências particulares. Tal esforço é necessário para que não se faça confusão dentre as muitas conjunturas em que o pluralismo é utilizado, dentre as quais destacam-se diferentes, e por vezes até antagonistas, posicionamentos e origens.

Por exemplo, o pluralismo político identifica-se como um movimento de “rejeição de toda e qualquer forma de concentração e unificação do poder ou força de ação monolítica” (WOLKMER, 2001, p. 173). Samuel Dal-Farra Naspolini (2006, p. 33) vai além e identifica um duplo sentido ao termo pluralismo político, identificando tanto os centros associativos de poder fora da estrutura estatal quanto a denominação geral das várias teorias sócio-políticas que procuram compreender tal ocorrência.

Em grande parte, este pluralismo termina por influenciar e ser influenciado por outras estirpes pluralistas, assim, há uma evidente:

(...) conexão intrínseca entre o pluralismo ideológico e o político. Somente os agrupamentos sociais que permitam e tolerem a convivência de valores concepções de mundo diferentes em seu seio podem reconhecer aos indivíduos a liberdade de, conforme estes mesmos valores, reunir-se em associações permanentes, guiadas pela defesa de tais princípios e orientadas no sentido da competição com organizações similares que propugnem, todavia, objetos diversos (NASPOLINI, 2006, p. 34)

Do mesmo modo, o pluralismo político recebe direta influência do pluralismo cultural, tendo em vista que o primeiro encontra fundamento na implantação política de direitos baseados em declarações suscitadas por este último (NASPOLINI, 2006, p. 34). E não deixa de ser evidente a relação para com o pluralismo sociológico iniciado com a ampliação e organização da atuação das classes e associações profissionais na sociedade industrial (WOLKMER, 2001, p. 172). Esta interrelação dentre os muitos ramos

pluralísticos é constante e pode ser identificado como um dos caracteres comuns deste movimento.

Já o pluralismo filosófico “se opõe ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo modernos, pois advoga a independência e a interrelação entre realidades e princípios diversos” (WOLKMER, 2001, p. 172). Fato é que todos os pluralismos partilham de uma raiz comunal, qual seja a ter “sempre sua luta articulada contra o ‘estatismo’ e o ‘individualismo’” (WOLKMER, 2001, p. 174). Conforme esta análise semântica de algumas das muitas acepções possíveis e do âmbito do pluralismo em uma visão *lato sensu* destacado como gênero, o presente estudo estabelece-se centrado no enfrentamento da espécie que mais lhe interessa: o pluralismo jurídico. Analisando este segundo a perspectiva do neoconstitucionalismo latino-americano e sua fundamental presença na ideia de direito na América Latina, é possível reconhecer um espaço comum de diálogo de sujeitos e direitos no seio formativo de um novo modelo constitucional.

3. CRISE NA AMÉRICA: UM CAMINHO PARA O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Antes de adentrar ao Estado de Coisas Inconstitucional, decidiu-se trazer ao leitor um panorama sobre o significado de um contexto de crise que, na hipótese deste estudo, é um dos fundadores do nascimento do ECI em terras latino-americanas. Compreender a crise nos Estados latino-americanos, situado segundo os fatores históricos, políticos e jurídicos, é fato primordial para a consolidação da ideia de que, de uma forma ou de outra, estamos todos unidos por uma raiz comum e muito particular.

Alcançada a metade do trabalho, é deixado para trás todo decorrer histórico-constitucional que deu base para uma análise mais a fundo da construção do Direito na América Latina, e é possível, utilizando um termo tomado da ciência penal, deprender este capítulo como o nexos causal da temática. Se, por um lado, tomou-se por ponto de partida um histórico com o objetivo de situar o leitor na complexidade que envolve o ECI, bem como um fértil espaço para a inovação e vanguarda, é preciso antes

compreender como tal objeto entra em contato direto com a realidade latino-americana e, por assim dizer, é produto direto de uma reação a esta realidade.

Portanto, entender a crise na América é entender a idiosincrasia implícita na concepção do novo constitucionalismo andino e mesmo na idealização de seus instrumentos de defesa dos direitos humanos, como o ECI. No entanto, a dificuldade aberta, logo de início, é a delimitação sobre que espécie de crise estamos falando e como ela afeta diretamente a percepção jurídico-normativa. A crise pode estar relacionada a fatores econômicos, jurídicos, sociais, políticos, e por tantos outros motivadores da vida em sociedade, porém, qual a tipologia de crise básica para o entendimento do contexto latino-americano contemporâneo? Assim, é necessário que façamos uma incursão pelos vários conceitos de crise utilizados pelas áreas afins ao Direito para que, em um segundo momento, possamos marcar os limites das conjunturas aptas e necessárias ao desenvolvimento constitucionalista que deu margem ao ECI.

3.1 CRISE: EM BUSCA DE UM SIGNIFICADO QUALITATIVO

A polissemia que acompanha o termo crise já nos propõe a necessidade de uma delimitação conforme os objetivos e corpo do presente estudo. Entretanto, ainda que indiretamente, é possível notar o relacionamento dentre os vários conceitos de crise com o que vai ser objeto desta análise, afinal, uma crise, seja ela jurídica, econômica, social, política, etc, representa um conjunto de fatores, motivações e reações cujo nascedouro ou origem pode advir de variadas situações e contextos. Sem dúvida, uma crise jurídica pode estar muito bem relacionada com uma crise econômica ou política, e por este modo já nasceria uma problemática a ser enfrentada.

Afinal de contas, é possível chegar à natureza individual ou o *leitmotiv* de uma espécie de crise e, neste diapasão, na conjuntura de um estudo sobre a progressão histórico-constitucional latino-americana, demonstrar que o Direito encontrou um modo particular de enfrentar tal contexto de crise através do enrijecimento de instrumentos de defesa dos direitos humanos?

Apesar de tão presente no nosso cotidiano, afinal, é termo frequentemente escutado em noticiários, jornais, programas de televisão, rodas de conversa, a grande dificuldade aparece quando tentamos conceituar crise sem que caiamos em nenhum tipo de impropriedade ou esqueçamos de algum detalhe pontual. Ademais, estamos habituados a vincular o termo a uma pressuposta natureza econômica. Como pontuam Bauman e Bordoni (2016, p. 10):

Qualquer acontecimento adverso, em especial os concernentes ao setor econômico, é ‘culpa da crise’. Trata-se de uma atribuição de responsabilidade absolutamente despersonalizada, a qual liberta indivíduos de todo e qualquer envolvimento e faz alusão a uma entidade abstrata, o que soa vagamente sinistro. Isso acontece porque algum tempo atrás a palavra ‘crise’ perdeu seu significado original e assumiu uma conotação apenas econômica.”

O marco de crises predominantemente econômicas é particularmente ligado à conjuntura latino-americana. Como observa Adrián Sotelo Valencia (2005, p. 28), “Los países latinoamericanos permanecen substancialmente en un marco de atraso económico-social, a pesar de los avances científico-técnicos y de la adopción de perfiles modernistas”.

É seguindo esta esteira que a necessidade de um termo técnico, principalmente em Direito, passa pela desconstrução de determinados valores e concepções. A primeira delas é a reformulação do caráter implícito na noção de crise, ou seja, a referência negativa a determinado período de absoluta perda e involução ou, ao menos, estagnação e paralisação das evoluções obtidas até então. A melhor percepção de uma crise passa pela expressão de “algo positivo, criativo e otimista, pois envolve mudança e pode ser um renascimento após uma ruptura. Indica separação, com certeza, mas também escolha, decisões e, por conseguinte, a oportunidade de expressar uma opinião” (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 11).

Portanto, dentre as posições positiva e negativa que poderiam muito bem traduzir um contexto de crise em seu aspecto genérico, o presente estudo termina por vincular-se à primeira posição. E é conforme esta escolha que parte-se para a análise da espécie de crise que melhor se adapta e se encaixa à raiz do objeto trabalhado, portanto, de uma crise jurídica é que podemos compreender o ECI como referencial e saída teórica e prática para a evolução do sistema jurídico na América Latina.

3.2 CRISE DO SISTEMA JURÍDICO

A contemporaneidade demonstra a perenidade de uma situação de crise enfrentada pelo Direito. Na toada do movimento pós-positivista pretendeu-se preencher uma lacuna aberta pela própria tentativa de sanar antigos defeitos, assim, por uma sucessão de erros e acertos o Direito moderno vem passando por formulações e reformulações que tentam compor a melhor resposta para uma sociedade, igualmente, em estado de crise. Como destaca Lênio Streck:

A modernidade ‘propôs uma dupla possibilidade para a humanidade. Por uma delas, a realização da razão seria o desenvolvimento universal para um sistema social que concretizasse o princípio da igualdade formal, através da crescente redução das desigualdades reais no mundo moderno. Tal não aconteceu. Ao contrário, o que ocorreu foi a pós-modernidade aprofundar a irracionalidade, aumentar as diferenças sociais e consolidar relações cada vez mais alienadas. Foi isso o que os homens modernos fizeram da sua história (STRECK, 1999, p. 205).

Por assim dizer, o Direito moderno passa por uma fundamental crise de identidade diante da contradição entre suas finalidades e práticas. Se de um lado os textos constitucionais fomentam um próspero caminho de ampliação de direitos, pluralização e garantismo; por outro lado, a dogmática termina por encarcerar as possibilidades de tal concretização. Utilizando-se do modelo do contratualista social, Lênio Streck demonstra a crítica relação entre a dogmática jurídica e intérprete:

A dogmática jurídica coloca o operador do Direito frente ao seguinte dilema: *optar entre a barbárie (insegurança) de um mundo representado por textos jurídicos plurívocos que (re)clamam sentidos, e o mundo da segurança hermenêutica, representado pelo consenso forçado/extorquido que a dogmática jurídica põe à disposição dos súditos.* Como na metáfora do contrato social, o jurista acaba por delegar o seu ‘direito à produção do sentido’, ficando violado, desse modo, flagrantemente aquilo que, no âmbito da compreensão hermenêutico-jurídica, pode-se denominar de ‘direito ao devido processo enunciativo’ (STRECK, 1999, p. 207).

O Direito não mais assume a natureza de decorrência direta e absoluta da produção jurídica estatal, ou seja, Direito deixa de ser legítimo pela sua mera fonte ou raiz. “Na atualidade, portanto, o Direito só se legitima quando cumpre sua função de garantidor dos direitos e das obrigações previstas na Constituição” (PAES; SANTOS, 2015, p. 106). É natural portanto que a crise jurídica esteja muito bem baseada em uma crise anterior a mais ampla, ou seja, a crise do Estado.

3.2.1 A CRISE DO MODELO WESTFALIANO DE ESTADO

Tratar do paradigma westfaliano e suas implicações sobre um contexto de crises jurídico-estatais, passa antes por um conceito central e de fundamental importância na construção de um determinado modelo estatal. A soberania está no âmago das propostas e projeções estatais de Westfália²¹, surgindo como exata solução a um outro contexto de crises. Michael Hardt e Antônio Negri (2001, p. 88), lembram o quanto a história europeia está ligada à noção de soberania, pois, em suma, a soberania moderna tem raiz em um conceito europeu desenvolvido na relação entre a Europa e o exterior, funcionando como base da construção eurocentrista fundamental no projeto colonial. Não por menos, Ferrajoli (2002, ps. 1-2) compreende que a “noção de soberania como *suprema potestas superiorem non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si) remonta ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus e à divisão correlativa, no limiar da idade moderna, da ideia de um ordenamento jurídico universal”.

A crise decorrente da guerra dos 30 anos coloca em questão exatamente o ideal de soberania. Como anota Bordoni (2016, p. 41²²), é a partir de uma tentativa para a paz que surge uma adaptação da textura de soberania necessária para a manutenção da ordem entre os Estados, e assim uma nova forma de perceber o próprio Estado.

Em breve resumo, a Guerra dos 30 anos (1618-1648) girou em torno de uma série de conflitos entre católicos e protestantes diante de rivalidades religiosas, políticas, territoriais e comerciais. Conforme Marcílio Franca Filho explica (2006, ps. 94-95), os primeiros combates, em 1618, começaram quando os Habsburgos austríacos, envoltos pelo triunfo da contrarreforma católica, pretenderam ampliar seus domínios na Europa

²¹ Westfália (em alemão Westphalia) é uma região localizada no noroeste da atual Alemanha. As tratativas que compuseram a chamada “Paz de Westfália” foram feitas em cidades integrantes desta região em 1648. Em Münster estavam os representantes católicos, já em Osnabrück estavam os representantes protestantes.

²² “Se, por um longo período, Estado e nação foram capazes de vier juntos, unidos nos âmbitos histórico e legal pela indissolubilidade dos princípios fundamentais que a modernidade garantia, foi graças ao acordo feito nos Tratados de Westfália, no término da longa guerra religiosa que dilacera a Europa por trinta anos. Desde então, os Estados modernos, na forma que nós os conhecemos por séculos, padronizaram o chamado ‘modelo pós-westfaliano’, que estabelece regras para a estabilidade universal e reconhece a plena soberania de um Estado no interior de suas próprias fronteiras”.

Central e cercear a liberdade religiosa protestante. Essa conduta terminou por provocar nobres protestantes da região e desencadeou uma insurreição na Boêmia.

Iniciara como um simples conflito entre católicos e protestante com relação à coroa da Boêmia, se espalhou como uma epidemia por toda a Europa central, dividindo a Alemanha de uma ponta a outra e, aos poucos, envolvendo todas as potências europeias adjacentes e algumas mais distantes, como Suécia, Espanha, França e Transilvânia. Logo deixou de ser uma guerra religiosa alemã e se tornou um conflito internacional, incessantes e inconclusivamente combatido por exércitos mercenários a expensas da Alemanha (...). Serviu como prova de que a guerra não era a solução para as diferenças religiosas, uma conclusão que já era bastante clara antes da guerra ter começado (DAWSON, 2010, p. 214).

A Guerra dos 30 anos ultrapassou os meros efeitos religiosos e teve diferentes reflexos e consequências nas variadas regiões europeias envolvidas direta ou indiretamente nos conflitos. Nas palavras de Dawson (2010, p. 244), na segunda metade do século XVII, a Europa demonstrava uma volta à estabilidade e ordem com a recuperação dos distúrbios seguidos pela Reforma protestante e as decorrentes guerras religiosas. O esgotamento regional promovido pelo longo período da Guerra dos 30 anos trouxe consigo a ânsia pela paz e submissão à vontade dos príncipes. Dentre os ingleses, a restauração da monarquia e o triunfo da monarquia; na Escandinávia, o absolutismo do poder real; e o auge da autoridade e da ordem absolutas com o poder de Luís XIV na França. Todos os recursos materiais e espirituais nacionais foram reunidos na estruturação de um grande e impositivo Estado monárquico absoluto.

Ao final dos conflitos é estabelecida a chamada “Paz de Westfália”, baseada basicamente no princípio da tolerância diante do estabelecimento de certo grau de igualdade entre Estados protestantes e católicos, bem como provendo a salvaguarda de minorias religiosas (GROSS, 1948, p. 22). Portanto, os Tratados de Westfália são considerados marco no estabelecimento de uma solene paridade jurídica entre os Estados no âmbito internacional, representando, ao mesmo tempo, o início da moderna sociedade internacional assentada em um sistema de Estados (FRANCA FILHO, 2006, p. 90). Este mesmo evento histórico terminou por modificar o direito internacional tal como conhecido até então, para alguns até mesmo inaugurando uma noção de direito internacional, pois racionalizou um sistema de Estados baseado na liberdade de escolha religiosa, obrigatoriedade dos tratados e paridade jurídica entre as nações, e, portanto, dando início a um direito internacional público comum europeu (GALINDO, 2015, p. 345).

Tal como citamos no início deste tópico, o paradigma de Westfália não existe sem uma discussão em torno do próprio conceito de soberania, vista como “força de coesão, de união da comunidade política, sem a qual se desfaria. Ela cristaliza o intercâmbio de ‘comando e obediência’, imposto pela natureza das coisas a todo grupo social” (CHEVALIER, 1973, p. 54). A soberania, após Westfália, investe-se de caráter absoluto no âmbito interno e de caráter paritário no âmbito externo. “A Paz de Westfália marcou a transição do Estado principesco para o Estado Absolutista (conhecido também como Estado régio)” (VIEIRA, 2012, p. 41). Bordoni (2016, p. 41) afirma que: “baseado no princípio da soberania limitada, o modelo pós-westfaliano reconhece no Estado moderno a soberania absoluta e indivisível sobre seu território e sua propriedade nas relações internacionais, dos quais ele é sujeito exclusivo”. Mas, acima de tudo, afirma que a “secularización, centralización y nacionalización ocupan un lugar privilegiado em la descripción del nuevo mundo westfaliano que se construyó a partir de entonces” (FRANCA FILHO, 2006, p. 100).

Mas até quando vai durar este modelo de Estado soberano e, acima de tudo, a funcionalidade desta solução para as crises estatais? Como comenta Gustavo Vieira (2012, p. 297) a partir da ideia de mundialização, as crises estatais tornaram-se mais agudas, em especial quando destaca-se cinco espécies de crises: a primeira é uma própria crise conceitual sobre o ideal de soberania; a segunda uma crise estrutural pelo desmonte do Estado de bem-estar social; a terceira é a política, ou seja, mitigação do comprometimento coletivo para com a Carta Constitucional e o desprestígio desta como documento político; a quarta e a quinta são, respectivamente, uma crise institucional como causa e consequência de uma crise funcional no plano da teoria da separação dos poderes.

A crise do paradigma westfaliano tem estrita consonância com a citada crise conceitual do Estado, ou seja, a própria transformação da percepção de soberania e sua natureza como marcas indeléveis da estrutura estatal. Como destaca Bolzan de Moraes (2011, p. 28), a soberania hoje, segundo a noção de poder irrestrito, remete mais a uma espécie de saudosismo do que uma real avaliação dos vínculos que a circunscrevem,

O paradigma westfaliano e sua influência sobre uma concepção tradicional de soberania, e por que não dizer do próprio Estado, sustentava uma espécie de rasgo entre

interno e internacional, estipulando uma conceitual distinção entre a égide de influência estatal conforme o âmbito interno ou o âmbito externo. Porém, a evolução dos instrumentos internacionais de proteção e defesa de direitos, bem como a escalada de crises e problemáticas sem a necessária e eficiente resposta do ente nacional, terminaram por colocar em xeque a estrutura estatal como um todo. Como identifica Celso Lafer (2009, p. 17), segundo uma perspectiva internacionalista é possível notar que a:

(...) diluição da diferença entre o 'interno' e o 'externo' vem levando ao questionamento de uma das clássicas hipóteses de trabalho da teoria das relações internacionais: a que conferia à política externa uma esfera de autonomia em relação à política interna. Tal autonomia estava lastreada nas características predominantemente interestatal e intergovernamental do funcionamento do sistema internacional, configurado pela Paz de Vestfália.

Como evidente, a paridade estatal westfaliana conseguiu sobrepor um modelo de relações entre Estados, sendo consequência direta de uma configuração internacional própria de uma época e sociedade. O sistema westfaliano entra em crise justamente pela conjuntura e natureza dos problemas que assolam os Estados modernos. Conforme afirma Danilo Zolo (2010, p. 59):

Os Estados nacionais não estão mais em condições de enfrentar, sozinhos, os 'problemas globais' postos pelos processos de integração: a garantia da paz mediante a prevenção dos conflitos locais, o crescimento equilibrado do desenvolvimento econômico, a redução das desigualdades sociais, o controle das turbulências financeiras, a utilização racional dos recursos naturais, o equilíbrio ecológico, a contenção do avanço demográfico da espécie, a repressão à criminalidade internacional.

Portanto, é da natureza das crises globais enfrentadas que surge a necessidade de desconstrução de paradigmas tradicionais na Teoria do Estado. Fazendo um pequeno aparte, é neste sentido que defendemos, neste estudo, uma funcionalidade da natureza particular das crises latino-americanas no surgimento de instrumentos modeladores de um novo paradigma de defesa dos direitos humanos nas Américas. Voltando ao nosso ponto, como supracitado, a atual configuração do enfrentamento dos problemas interestatais terminou por colocar em crise este modelo de Estado, ainda adicionado pelo surgimento de um novo paradigma em tema de relações internacionais.

O paradigma onusiano surge após a Segunda Guerra Mundial, conflito de proporções gigantescas que terminou por vulnerabilizar não só Estados, cidadãos, raças e nações, como também conformações teóricas sobre a própria percepção de origem, função e pertença de direitos. Durante este conflito, com a chegada ao poder dos regimes totalitários e a defesa da exclusão de grupos minoritários em nome da preponderância das castas políticas, sociais e raciais hegemônicas, o Direito foi utilizado como meio para a divisão e categorização dos sujeitos de direitos, criando uma gama de seres humanos destituídos de qualquer direito básico ou mesmo da própria concepção de humanidade.

Ao fim do conflito, com uma devastação material e intelectual em nível global, tornou-se necessário estabelecer um novo modelo de interação entre os Estados, bem como a composição de uma carta básica de direitos inerente a todo ser humano independente de raça, cor, origem, classe social ou opção religiosa. Enfim, era preciso recuperar a própria noção de humanidade. Em um contexto de nações, em especial as grandes potências, que não tinham espaço comum de diálogo ou conversação sobre os rumos da sociedade mundial, tanto quanto a falta de um comunitarismo global, surge um espaço neutro a ser utilizado na concretização de um esforço universal na proteção de direitos e diálogo interestadual para resolução de problemas e crises que não mais estavam restritos aos territórios nacionais.

Em suma, o paradigma onusiano surge a partir de uma transformação na noção teleológica de direitos. Conforme destaca Celso Lafer (2006, ps. 148-149), “reconhecimento axiológico do ser humano como fim e não como meio, tendo direito a um lugar no Mundo.”

A busca pela paz também é componente básico desta superestrutura internacional, não inaugurada mas fortalecida pelo sistema onusiano. A restrição do uso da força em nome da preservação das futuras gerações é propósito básico na reordenação política após a entrada em vigor da Carta da ONU (CASELLA, 2005, p. 15). Porém, é neste ponto que transparece um conflito de paradigmas. Se por um lado, mesmo em crise o paradigma westfaliano ainda é substrato fundamental de uma noção de soberania que permanece sendo utilizada na defesa de atos e agressões internacionais

em nome de interesses individuais-nacionais; o paradigma onusiano passa por correspondente crise diante da crescente falta de adesão às posições tomadas dentro da organização internacional.

Em conclusão, o Estado não consegue, por si só, resolver os problemas que assolam sua comunidade sem que se faça uma ampliação dos limites para incorporação de modelos internacionais. Assim, o Estado de Coisas Inconstitucional, ferramenta nascida no seio do constitucionalismo colombiano, entra no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro como via de transformação dos esquemas básicos estatais de defesa dos direitos humanos, tudo diante de generalizadas e sistêmicas quebras de direitos pelo próprio Estado.

4. TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O presente capítulo adentrará ao estudo do substrato teórico que dá sentido a este trabalho. Se foi percorrido um longo caminho para chegar ao sentido deste objeto chamado Estado de Coisas Inconstitucional, começando pela história constitucional latino-americana, tendo por evidência maior o estado de crise que resultou em uma progressiva transformação dos postulados e das bases constitucionais – tal como demonstrado no caso colombiano – bem como, desaguando e trazendo a doutrina do neoconstitucionalismo latino-americano como grande contexto jurídico para o surgimento de novos objetos e instrumentos de defesa dos direitos humanos no âmbito das idiossincráticas problemáticas que assolam a América Latina, tudo isto serviu para sintetizar um longo caminho percorrido até o aparecimento de um propósito jurídico naturalmente parte da cultura e de um *modus* único de fazer direito.

De início, o leitor já deve ficar atento a determinadas observações inerentes ao estudo pretendido. Primeiramente, a nascente doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional no panorama da doutrina jurídica brasileira não permite uma profusão de referências e escritos sobre o tema, em parte, será muito baseado na obra do autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos que tomar-se-á as noções gerais deste instituto. No mais, a doutrina colombiana será de mister acompanhamento no estudo destes postulados gerais de conceituação do ECI. Entrementes, a aproximação deste objeto

para com teorias constitucionais brasileiras será ressaltada no início deste capítulo, tanto quanto a proposta de lançar um novo recorte teórico para o instituto que toma seus primeiros passos no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, trata-se de um olhar brasileiro sobre o estado de coisas inconstitucional, porém sem deixar de lado as raízes e a conjuntura latino-americana que tanto foi enfatizado em outros capítulos.

4.1 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA FACETA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Em capítulo antecedente tratamos do neoconstitucionalismo latino-americano como proposta de transposição de barreiras e fronteiras nacionais, sendo fomentador de ideais teóricos aplicáveis à realidade latino-americana, tal como a Teoria da Interconstitucionalidade. Agora, é cabível uma aproximação do próprio estado de coisas inconstitucional para com uma outra teoria, desta vez originalmente brasileira, que também fomenta a mitigação dos entraves de diálogo e referência dentre ordenamentos e, mais especificamente, entre constituições. A problemática abordada é sinteticamente traduzida na seguinte fórmula: é possível encontrar no transconstitucionalismo uma referência teórica para fomento e desenvolvimento da teoria do estado de coisas inconstitucional?

A primeira indagação que possa surgir ao leitor pode muito bem ser na determinação do caráter constitucional do Estado de Coisas Inconstitucional, ou sua ausência. Portanto, como instituto construído através da jurisprudência constitucional, seja no âmbito da Corte Constitucional Colombiana ou do próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro, como denotar caráter constitucional ao ECI? De fato, a proposta não é que se discuta o estado de coisas como um objeto naturalmente constitucional, porém como um objeto extensivamente constitucional. Em outras palavras, formula-se a ideia de que o ECI é instituto decorrente de uma nova atuação das Cortes Supremas, diante da necessidade de resolução de problemáticas que ultrapassam a tradicional repartição de poderes institucionais e, neste diapasão, seu surgimento é inerente a uma disfunção de responsabilidades e preceitos constitucionais. Ver o surgimento do ECI em determinado ordenamento é a constatação que um dever constitucional está em descumprimento sistemático e generalizado, a situação de crise não apenas não foi resolvida pelo

esquema institucional que foi projeto para resolvê-la, tendo a competência constitucional para tanto, como houve a tentativa de fazê-lo sem nenhum êxito evidente.

No segundo capítulo aproximou-se o ECI da Constituição Colombiana de 1991, e é segundo esta concepção que o estado de coisas transparece como decorrência de um modelo constitucional e como uma própria extensão da corrente constitucional utilizada em determinado ordenamento jurídico. A teoria transconstitucionalista vem a colocar a noção de constituições transversais, ou seja, de um lado a Constituição Jurídica como processo de normatização e, de outro, a Constituição Política como processo de tomada de decisão (NEVES, 2013, p. 63). Nesta linha, a concretização da justiça constitucional e da formulação de um sistema de resoluções práticas está no centro da Constituição Jurídica; já a participação pluralística e inclusiva no processo de formação constitucional está no âmago da Constituição Política. Marcelo Neves coloca que a Constituição estatal é como uma ponte de transição entre política e direito e, portanto, serve à construção de uma racionalidade transversal específica que impede a absolutização do jurídico sobre o político ou mesmo da preponderância do político sobre o jurídico (NEVES, 2013, p. 76). O autor ainda arremata colocando a funcionalidade de uma Corte Suprema no contexto deste transversalismo constitucional:

Nesse particular é fundamental o papel dos tribunais constitucionais. Embora constituam a cúpula de um dos sistemas funcionais acoplados, o direito, eles são ‘organizações extravagantes em que o problema do acoplamento estrutural manifesta-se de forma concentrada’. Além de sua função de filtragem seletiva de influências e irritações, eles servem ao bom funcionamento da Constituição como ponte de transição entre racionalidades diversas” (NEVES, 2013, p. 77)

Se a proposta constitucionalista transversal visa exatamente a formação deste vínculo entre político e jurídico, o estado de coisas inconstitucional transparece como modelo hábil a determinar a construção desta ponte. A inerente necessidade de transformação das situações de crise tem por principal finalidade estabilizar as relações institucionais e conformar não uma juridização da política mas um reequilíbrio dos sistemas. Tem por funcionalidade retirar a Constituição de seu *status* de fachada simbólica obstrutora das pontes de transição que servem à racionalidade constitucional transversal (NEVES, 2013, p. 82). Em um primeiro momento da análise da teoria transconstitucionalista, é válido anotar o esforço do ECI demonstrar-se como instituto apto a promover a constitucionalização transversal.

Grande parte da aproximação entre o estado de coisas inconstitucional e a própria noção de constitucionalismo transversal está muito preponderantemente ligado aos problemas e dificuldades enfrentados pelas ordens jurídicas. O entendimento do que constitui este chamado transversalismo constitucional passa exatamente pela concepção dos problemas para as quais não só as ordens jurídicas internas quanto também as ordens supranacionais e transnacionais têm de lidar (NEVES, 2013, p. 83). E é partindo do problema que chega-se a uma concepção nova de inter-relacionamento entre ordens jurídicas, não vinculada à percepção de conexão entre direito internacional e direito interno por meio de procedimentos formais de incorporação mas em um novo panorama. Conforme anota o Marcelo Neves (2013, p. 116):

O novo, nos entrelaçamentos entre uma pluralidade de ordens jurídicas na sociedade mundial do presente, é a sua relativa independência das formas de intermediação política mediante tratados jurídico-internacionais e a legislação estatal. As formas em que ocorrem relacionamentos formais e informais entre atores governamentais e não governamentais multiplicam-se no âmbito do direito. Essa situação ganha relevância quando se considera que, em grande parte, as 'pontes de transição' entre ordens jurídicas desenvolvem-se diretamente a partir dos seus respectivos centros, ou seja, os seus juízes e tribunais.

Essa transversalidade está no centro do chamado transconstitucionalismo e o ECI, segundo defesa deste trabalho, cumpre muito bem com uma natural incorporação ao modelo de transversalidade institucional transconstitucionalista, ou seja, a contribuição direta ou indireta de um determinado postulado nascido em um ordenamento jurídico para o desenvolvimento deste mesmo postulado em outro ordenamento conforme o sentido e a interpretação concedida por este último conforme caso em concreto. Em suma, o alto caráter transconstitucionalista do estado de coisas inconstitucional está envolto na inexistência de gradação ou hierarquia na incorporação do instituto a ordenamento estrangeiro.

Se de um contexto de crises e problemáticas, particulares ao contexto latino-americano, surge um instrumento de defesa e proteção dos direitos humanos baseado em um viés neoconstitucionalista fundado na pluralidade e reformulação dos esquemas tradicionais de divisão do poder, arremata-se a identidade do Estado de Coisas Inconstitucional como instituição jurídica vinculada à Teoria do

Transconstitucionalismo. Isto porque tem em sua origem o *leitmotiv* de ser e representar uma resposta aos problemas transnacionais. A base do transconstitucionalismo está exatamente na análise dos conflitos exercidos diante da insuficiência dos instrumentos nacionais a crises que ultrapassam as fronteiras de um determinado ordenamento. “O fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas” (NEVES, 2013, p. 121).

Diante de todo o exposto, o presente tópico estimulou um olhar mais abrangente sobre o ECI. É demonstrada a influência e a ligação que pode ser exercida entre a teoria do transconstitucionalismo e a própria existência e aceção que pode ser dada aos postulados da teoria do estado de coisas inconstitucional, evidenciando a centralidade das problemáticas transnacionais como grandes estimuladores do surgimento de ferramentas de resolução de tais conflitos. Cabe, portanto, adentrar na fundamental semântica da teoria do estado de coisas para compreensão de seus limites, vínculos e pretensões, bem como determinar a essencialidade de seu estudo para a compreensão dos direitos humanos na América Latina.

4.2 DA COLÔMBIA AO BRASIL: A DOUTRINA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Até então, foi feita uma análise do ECI conforme as muitas nuances que pode terminar por fazer surgir no estudo do direito constitucional internacional e dos direitos humanos. Deste modo, a metodologia utilizada foi baseada nos motivos e causadores diretos e indiretos deste fenômeno no seio dos ordenamentos jurídicos da América Latina. Por agora, tendemos a destrinchar e abrir um novo caminho para a perfeita concepção e identificação do ECI como teoria e prática nos ordenamentos brasileiro e colombiano. Nesta linha, muito mais será identificada o processo formal interno de idealização e concretização deste instrumento na Colômbia e no Brasil.

Em tópico anterior notamos a influência de um contexto de crises na proposta de progressão do constitucionalismo e, especialmente, protagonismo na formação de um modelo único de construção do Direito na América Latina. Se esta conjuntura de crises é um propulsor internacional do aparecimento do ECI, cabe indagar o que seria um

equivalente no espaço interno. Em outras palavras, de que momento e a partir de que indício é possível notar a necessidade de declaração do estado de coisas segundo o olhar do constitucionalismo interno?

Deixando de lado o neoconstitucionalismo latino-americano, as influências teóricas internacionalistas, tal como da interconstitucionalidade e do próprio transconstitucionalismo na integração do estado de coisas a ordenamentos diversos, para determinar o estado de coisas em sua participação na mitigação das omissões e disfunções dos arranjos institucionais inerentes aos Estados. Se, por um lado, o estudo feito partiu do meio internacional para a compreensão do surgimento de novos e basilares instrumentos de defesa e proteção dos direitos humanos na América Latina; agora o caminho é inverso. A compreensão integral de um objeto tão complexo como o ECI faz necessário este tipo de movimento, dada a compreensão da doutrina do estado de coisas como uma proposta de evolução do direito internacional de proteção dos direitos humanos a partir dos ordenamentos internos, das Cartas Magnas nacionais e de um próprio neoconstitucionalismo vinculado aos esforços de reinterpretação dos esquemas político-jurídicos.

4.2.1 OMISSÃO ESTATAL E PROTEÇÃO DEFICIENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Da análise de direitos e garantias assegurados constitucionalmente até a efetiva e substancial proteção e usufruto de tais disposições, existe uma insólita e tortuosa fronteira que desde muito tempo é debatida pela Teoria do Direito. A grande indagação que circula dentre teóricos e juristas é como diminuir o espaço entre verbalização e concretização dos institutos jurídicos. Ora, esse debate é inerente ao ramo constitucional pois dentre as linhas das cartas constitucionais está o substrato básico de construção de uma sociedade. Seja como for, o texto constitucional é forte base para análise de um corpo social, sendo demonstrativo não só de uma história comum como da implementação de um presente tendo em vista um determinado horizonte de eventos.

Nesta linha, tratando de texto jurídico estar-se-á lidando com um objeto com nuances e características inconfundíveis diante de qualquer outro tipo de texto, estamos, em essência, falando de criação de mundos e realidades. Como ressalta Gregório Robles

(2005, ps. 54-55), a grande diferença entre o texto jurídico para com os textos literários e históricos, por exemplo, é que dele há a produção de instituições. É ausente o caráter criador de realidades em um texto histórico ou literário, pois têm como limite a descrição, narração ou expressão de um determinado período, momento ou situação. Já o texto jurídico tem, em si, o potencial criador ou construtivo de realidades. O mesmo autor destaca: “não é por acaso que o ato de criação de uma nova ordem jurídica se chama justamente constituição” (ROBLES, 2005, p. 55).

A proposta deste tópico não é exaurir a discussão em torno dos problemas e das variantes que integram o debate sobre concretização das normas jurídicas, mas sim delimitar as possíveis aproximações para com a construção do estado de coisas inconstitucional. Ou seja, a omissão estatal como principal fluente da crise de identidade vivida pelo Direito moderno, uma crise entre postulados e concretizações. Tal como supracitado, se o texto jurídico tem em sua essência o criacionismo de realidades, a omissão do Estado na sustentação desta teleologia termina por desestabilizar todo o conjunto normativo e determinar o caminho para sistemáticas e generalizadas crises estruturais (fundamento principal para a tentativa de solução através do estado de coisas inconstitucional). “A omissão estatal não viola, simplesmente, um enunciado normativo constitucional, mas impede a atuação concreta da norma constitucional correspondente e do direito fundamental veiculado” (CAMPOS, 2016, p. 56).

O principal efeito das omissões estatais, diante das normas de prescrição, resvala nos direitos fundamentais e a garantia de políticas públicas. E é deste ponto que surge o ponto mais crítico da doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional, afinal, um dos principais resultados obtidos com a adesão ao ECI está na reestruturação dos tradicionais esquemas de divisão dos poderes, mais especificamente em relação ao Poder Judiciário. Assim, cabe perguntar se o Poder Judiciário de fato detém a legitimidade necessária para exercer tal espécie de controle diante de omissões estatais generalizadas.

Antes de tudo, vale inserir a noção sobre direitos fundamentais utilizada e circunscrita a uma necessária análise da Teoria do ECI. O olhar sobre direitos fundamentais, neste momento, é aquele vinculado ao conjunto de garantias determinadas por um determinado ordenamento constitucional conforme sua Carta

Política. Esta percepção decorrente da evolução do constitucionalismo alemão, entende como direitos fundamentais aqueles que cabíveis ao indivíduo como membro do Estado, ou seja, direitos que não são prévios ao próprio Estado, mas apenas outorgados pelo Estado (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 48). Para Alexy (2015, ps. 76-77), o intento de chegar a uma definição de norma de direito fundamental passa por três níveis. O primeiro nível dialoga com a necessária positivação dos conceitos fundamentais, ou seja, enunciados normativos determinados por uma determinada autoridade (legislador constituinte). Em segundo nível estão as normas de direitos fundamentais atribuídas, determinada pela correção da atribuição de fundamentalidade colocada a uma norma (ligação direta com a produção jurisprudencial). Por fim, no terceiro nível, há a generalização do conceito tanto para normas assim diretamente estabelecidas quanto para as atribuídas.

De fato, a percepção alexyana de direitos fundamentais tem forte asserção no contexto da Constituição Federal brasileira de 1988, visto que o rol de direitos fundamentais expressamente dispostos na Carta Magna não exclui aqueles não expressos mas compatíveis com o regime constitucional (LEAL; PAVÃO, 2015, p. 6).

Assim, o leitor pode ter como norte na análise das futuras proposições deste capítulo que, por concreto, se está adentrando em um novo espaço que apenas serve de complemento na perfeita análise da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Se até agora é utilizado o termo “direitos humanos” tendo por sentido explicar a influência internacional na criação de instrumentos e objetos utilizados na mitigação de problemáticas transnacionais (e portanto direitos estes independentes da concepção estatal pois vinculados ao fato de pertença à condição humana), deslocando a terminologia para a sentença “direitos fundamentais”, em suma, estará adentrando ao âmbito da consolidação e aplicação daqueles direitos dentro de um ordenamento constitucional. De certo modo, todo direito fundamental é também um direito humano, pois ao falarmos de “direitos fundamentais” estamos diante daqueles reconhecidos e positivados conforme o direito constitucional positivo de um Estado (SARLET, 2012, p. 18).

A evolução constitucionalista teve por principal êxito não a ampliação de direitos mas a centralidade do papel estatal na proteção dos direitos fundamentais. A

tradição jurídica ocidental deu espaço para a construção destes direitos implícitos na relação indivíduo-Estado, como pontua Wolkmer (2013b, p. 124): “O processo de reconhecimento e afirmação de direitos do homem chamados de fundamentais constituiu uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental”. É neste sentido que um processo gradual de consolidação do papel do direito na sociedade terminou por formatar um núcleo comum e essencial a todo ordenamento constitucional, “todas as normas constitucionais giram em torno dos direitos fundamentais. Essa é a maior conquista do constitucionalismo contemporâneo” (CAMPOS, p. 67).

Se por um período²³ os direitos foram criados para a defesa do indivíduo contra a influência estatal, ou seja, “estado de liberdade em face do Estado, em que o particular pode resolver os seus problemas individuais, regular a sua convivência social e realizar os seus negócios sem o Estado” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 62). Posteriormente os direitos tomaram a forma de prestações devidas pelo próprio ente estatal, verdadeira situação em que o particular não pode obter o usufruto de sua liberdade sem a presença estatal (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 63).

Explicando melhor a interação feita entre direitos de defesa e direitos de prestação. A bifurcação do funcionalismo e própria teleologia dos direitos fundamentais, tanto na perspectiva doutrinária quanto jurisprudencial passa, de um lado, pelo chamado entendimento liberal-conservador e, de outro, pelo político-social. Para aquela primeira corrente, direitos fundamentais só podem ser entendidos como direitos de defesa contra o Estado. Já em posição oposta, os direitos fundamentais estão menos destinados a uma proteção da liberdade privada e mais na fundação e legitimação do Estado pelo próprio cidadão politicamente motivado (MICHAEL; MORLOK, 2016, ps. 59-60). Hodiernamente, a pacificação social e evolução social, política e econômica de

²³ Fazemos referência ao tradicional esquema de divisão dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões inaugurado por Karel Vasak em 1979. Em resumo: “Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo uma quinta e sexta gerações (...). Verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação” (SARLET, 2012, ps. 31-32). Como destaca Norberto Bobbio (2003, p. 203), a luta pela consolidação de direitos teve diversos antagonistas, primeiro o poder religioso, em seguida o poder político e, por fim, o poder econômico.

qualquer sociedade fundada de acordo com a noção de Estado Democrático de Direito, exige a formalização de novos e arrojados instrumentos que tenham a potencialidade necessária para derrubar qualquer empecilho à plena garantia de direitos fundamentais.

Porém, não é consenso geral de que o esquema de divisão de direitos fundamentais em gerações, ou dimensões, possa responder a um verdadeiro avanço na proteção de direitos. Neste sentido, existem aqueles que sustentam que a realização de direitos de segundo ou mesmo de terceira dimensão termina por gerar uma violação dos direitos de primeira dimensão, tal como ocorre na tentativa de regulação dos discursos de ódio que, por conseguinte, levaria a uma violação da liberdade de expressão (SARLET, 2016, p. 13). Não há de se negar o espaço cativo dos direitos de primeira dimensão na caracterização do primeiro diálogo da teoria dos direitos fundamentais para com o Estado, porém, é no âmbito dos direitos de segunda dimensão que estão os maiores conflitos e desafios e, por conseguinte, a própria problemática envolvendo a utilização do Poder Judiciário como meio de suprir as disfuncionalidades do esquema estatal de garantia de direitos prestacionais. Não bastando a garantia e a proteção de direitos, também não basta a prestação de direitos básicos para a perfeita fruição da liberdade pois é necessário o fornecimento eficiente o que, por si, já demonstra uma outra série de desafios. “Reconhecer a necessidade de que algo seja feito não soluciona o problema das omissões estatais inconstitucionais, já que, a princípio, qualquer prestação minimamente eficaz seria suficiente para que se alegasse o cumprimento de um dever de agir” (OLIVEIRA, 2013, p. 115).

É neste diapasão que surge, no espaço da teoria dos direitos fundamentais, a chamada doutrina alemã do dever de proteção (*schutzpflicht*) podendo desprender-se em dois caminhos, ou da proibição do excesso (*übermassverbot*) ou da proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*). Advinda do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), tal doutrina tenta basear os limites da atuação estatal na garantia dos direitos prestacionais e estabelece patamares mínimos e máximos de conformação do exato espaço de atuação positiva do ente estatal na proteção dos direitos fundamentais. Conforme anota Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 77): “A concepção do sistema de direitos fundamentais como ordem axiológica e hierárquica de princípios objetivos foi o primeiro e mais fundacional dos desenvolvimentos metodológicos do Tribunal Constitucional alemão”.

Em termos, os fatores supracitados estão intimamente ligados à utilização o princípio da proporcionalidade na prestação em concreto de direitos. A proporcionalidade, por conseguinte, obteria uma dupla face: pela proteção diante da atuação positiva ou pela proteção diante da atuação omissiva. A inconstitucionalidade estaria presente tanto quando o Estado atua com excesso, resultando na desproporcionalidade entre fins e meios; tanto quanto o Estado deixa de determinar sanções ou medidas para a proteção de bens jurídicos determinados (STRECK, 2005, p. 180).

Este dever de proteção, decorrente da preponderante atuação do Estado como grande interessado na paz social e respeito aos postulados legais, no âmbito do judiciário alemão, teve dois casos notados como inauguradores de uma efetiva concepção objetiva da teoria dos direitos fundamentais. Assim foi com os casos Lüth e Blinkfüer.

O caso Lüth, em apertada síntese, tratava-se de situação gerada pelas marcas deixadas pela Segunda Guerra Mundial na sociedade alemã. Ainda na década de 50, Eric Lüth promoveu um boicote aos filmes do cineasta Veit Harlan diante da exposição da ideologia nazista em suas produções. Em primeiro grau, diante do pedido de indenização promovido por Harlan contra Lüth, foi procedente o pedido diante de atuação desproporcional geradora de danos aos bons costumes. O caso chegou ao Tribunal Constitucional alemão e este argumentou em contrário ao que havia sido decidido em primeiro plano. O tom conduzido pelo BVerfG foi no sentido da proteção do direito à liberdade de expressão de Lüth, considerando que os direitos fundamentais não são apenas direitos negativos mas também direitos positivos determinando um efeito irradiador de direitos fundamentais sobre toda a ordem jurídica (CAMPOS, 2016, p. 78).

Muito semelhante é o ocorrido no caso Blinkfüer, mais uma vez envolvendo um boicote e o discurso de direitos fundamentais na seara de proteção privada de direitos. Segundo Claus-Wihelm Canaris (p. 83), a primeira decisão em que o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu a funcionalidade imperativa de um direito fundamental foi, ainda na década de 60, no caso Blinkfüer, tratando-se de apelação

promovida pela distribuidora Springer-Verlag diante do boicote da revista *Blinkfuer*, por ocasião da veiculação de programas de televisão e de radiodifusão dos emissores da República Democrática Alemã. Conforme destaca o autor:

O Tribunal Constitucional Federal reconheceu aqui substancialmente a existência de um dever de proteção. Na verdade, seria incompatível com o sentido e a função da liberdade de imprensa que o confronto das opiniões pudesse ser conduzido, não apenas com os meios que lhe são próprios – ou seja, com palavras e outras comunicações –, mas antes desviado através do recurso a uma pressão econômica (...). Como resulta claramente também da decisão do Tribunal Constitucional Federal, aqui não se trata, apenas, de uma proteção de indivíduos, mas antes, e até mesmo primariamente, de uma proteção de instituições, isto é, da capacidade funcional da imprensa e do debate de opiniões enquanto tal (CANARIS, p. 85).

Nesta senda, o Estado tem uma margem determinável de atuação em seu dever de proteger. Conforme pontua Flávio Beicker Oliveira (2013, p. 116): Se, por uma perspectiva, não pode restringir com excessivo rigor os direitos fundamentais do sujeito ativo de uma agressão (proibição do excesso); por outro, não pode deixar de proteger devidamente e minimamente os direitos fundamentais da vítima (proibição da insuficiência). Seja no âmbito privado ou no âmbito público, a teoria da proibição da insuficiência, ou da proteção deficiente, passou a ser utilizada na ponderação da fiscalização e própria atuação do Judiciário perante a temática de direitos fundamentais. Traduzindo tais postulados para a garantia de políticas públicas e deveres sociais, o Estado (seja na função de legislador ou executor de tais políticas) termina por ser grande autor das quebras de direitos fundamentais quando não protege minimamente seus detentores. Neste diapasão, Campos (2016, p. 81) percebe que o silêncio e a ausência legislativa ou da atuação na consolidação de políticas públicas, ou ainda a formação destas porém sem a necessária aptidão para real proteção dos direitos fundamentais a que se destinam, dão origem a uma proteção deficiente destes mesmos direitos fundamentais, sendo formada uma omissão normativa inconstitucional.

A doutrina da proteção deficiente ou insuficiente não é tema novo no Supremo Tribunal Federal brasileiro, muito menos restrita sua utilização ao âmbito da garantia de políticas ou prestações públicas de direitos. Exemplo a ser citado é o Recurso Extraordinário 418.376 de 2006 tratando sobre equiparação a união estável da situação de menina entre 9 e 12 anos que mantém relações sexuais com seu tutor legal. Na análise deste caso, o Ministro do STF, Gilmar Mendes, “desenvolve argumentos no

sentido de que essa situação de fato não se enquadra no conceito de união estável (...) afirma que, se outra interpretação fosse possível, a consequência seria típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado” (PEREIRA, 2009, p. 57).

A ligação existente entre a noção de omissão normativa inconstitucional, proteção deficiente de direitos fundamentais e teoria do Estado de Coisas Inconstitucional pode até transparecer evidente, porém, ainda existem nuances de aproximação mais latentes e mesmo uma evolução conceitual conforme o ECI. É nesta esteira a aproximação feita por Carlos Alexandre de Azevedo Campos para com a noção de falhas estruturais. Tratando de efetividade dos direitos fundamentais, o autor considera que “a ausência desses direitos pode decorrer não propriamente da falta de lei, e sim da falta de coordenação entre legislador, órgãos e entidades públicas, responsáveis por regulamentar e dar concreção aos comandos legais”. Como vamos melhor firmar em tópico posterior, mas já adiantando um pouco da definição do que é o Estado de Coisas Inconstitucional, é na falha da estrutura estatal de consolidação e implantação de direitos que está o maior sintoma de situação ou coisa apta a um estado de inconstitucionalidade. Por reflexo, esta ampliação da noção de omissão inconstitucional, abarcando falhas estruturais, fomenta a teoria do estado de coisas e lhe dá credibilidade teórica. Porém, de fato não basta a proteção deficiente mas sim efetiva violação massiva e contínua de direitos fundamentais pertencentes a amplo número de indivíduos (CAMPOS, 2016, p. 180).

No marco desta teoria, e da doutrina e jurisprudência em formação dentro da realidade jurídica brasileira, é impossível tratar sobre atuação do Estado na proteção de direitos fundamentais, sem ao menos apreciar a pretensão e funcionalidade de uma declaração de estado de coisas inconstitucional na reorganização dos esquemas teóricos envolvendo omissão inconstitucional e proteção deficiente de direitos fundamentais. O ECI veicula um passo a mais no envolvimento do Poder Judiciário com a proteção deficiente de direitos, visto que não basta uma proteção deficitária mas sim violação generalizada, tendo por núcleo o Poder Público. Em outras palavras, se é possível influir a presença da teoria da proteção deficiente de direitos na construção da própria teoria do ECI, não é possível confundir tal concepção com o fator presente na conceituação de um estado de coisas inconstitucional. Esta representa um passo mais na defesa de direitos quando no polo ativo dos atos infracionais está o próprio Estado.

E desta conclusão surge um outro caminho a ser trilhado no melhor desenvolvimento das características preliminares e dos variados objetos relacionados ao desenvolvimento da doutrina do ECI. O estudo do sujeito por trás da declaração, por si só, gera uma série de indagações, críticas e formulações centradas na complicada relação entre instituições e poderes estatais na proteção e defesa de direitos fundamentais.

A quem cabe a melhor garantia dos direitos fundamentais, e sob qual manto tais direitos podem ser melhor adaptados e relacionados aos postulados de um Estado Democrático de Direito é talvez o desafio mais árduo e permanente do neoconstitucionalismo. Como afirma Flávio Beicker Oliveira (2013, p. 109), o grande problema envolvendo o viés protetivo dos direitos fundamentais não é decorrente da indefinição do seu conteúdo, ou seja, se preponderam direitos objetivos e subjetivos, mas sim em sua peculiaridade estrutural conforme se e em que medida pode o Judiciário agir na efetivação da proteção. Como assevera Daniel Sarmento (2006, p. 302):

Por um lado, não é razoável desconsiderar que os direitos prestacionais ‘não nascem em árvores’, pois dependem de recursos escassos, cuja distribuição, numa democracia, cabe primariamente aos poderes eleitos, e escapa muitas vezes à própria capacidade funcional dos juízes. Mas, de outra banda, não seria admissível extrair toda a normatividade dos direitos sociais, tornando-os reféns da vontade incerta do legislador, o que feriria a própria ideia de supremacia constitucional. Até porque, na linha de pensamento de Habermas, podemos afirmar que a garantia de condições mínimas de existência é um pressuposto da própria democracia, razão pela qual o argumento democrático não pode ser invocado para negar completamente a eficácia dos direitos prestacionais.

É por isso que no próximo tópico vamos discutir sobre o papel do Poder Judiciário como garantidor e principal ponte de ligação na concretização dos direitos fundamentais. A principal pergunta a ser respondida, de acordo com a proposta de estudo da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, é notar se o Poder Judiciário, ao integrar a proposta de inconstitucionalidade generalizada e estruturante de determinada situação termina por comportar-se conforme as noções do ativismo judicial.

4.2.2 PODER JUDICIÁRIO, ATIVISMO JUDICIAL E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisas Inconstitucional é essencialmente uma espécie de técnica jurídica apta a transformar uma situação de falha estrutural e generalizada na garantia de direitos para com um expressivo número de pessoas. Neste sentido, cabe uma observação sobre a origem institucional do ECI, notando especialmente o papel exercido pelo Poder Judiciário na ponderação dos valores e atuação na colmatação dos espaços deixados pelos demais poderes públicos em seus deveres de proteção. Diante do expressivo espaço obtido pelo ativismo judicial no seio da doutrina e da prática jurídica brasileira, o presente tópico tem por principal norte indagar até que ponto uma decisão de ECI pode revelar os contornos do ativismo judicial em sua prática.

O ativismo judicial aparece como termo usualmente ligado à crítica por um suposto empoderamento do Poder Judiciário quando do exercício de suas competências. Ainda que exista uma diferenciação latente dentre as várias espécies de ativismo judicial exercidas de acordo com o ordenamento jurídico que se tem por paradigma (por exemplo, não é certo falar que o ativismo judicial americano seja, por natureza, igual ao ativismo judicial brasileiro), é possível conceder uma marca comum a qualquer tipo de atuação que se demonstre marcada por determinadas características ativísticas.

O termo, em si, remonta a Arthur Schlesinger Jr., e um artigo publicado, em 1947, na revista *Fortune*, referindo-se à atuação da Suprema Corte americana e realçando uma divisão dentro da Corte: alguns magistrados com atuação e defesa de um Judiciário mais contido e outros com posicionamento por um maior protagonismo (MIARELLI; LIMA, 2012, p. 159). A valoração sobre as finalidades, consequências e funcionalidades do ativismo judicial, se benéfico ou não, apenas veio a ser apreciada posteriormente e ficou marcada por um caráter negativo. Logo, ativismo judicial se tornou sinônimo de uma espécie de “intromissão” do Judiciário na extensão de assuntos que não seriam de sua competência e, pior, estariam vinculados à atuação de outros atores. “Fica claro como o termo ativismo judicial passou a ser associado à usurpação de funções, tendo ensejo o protagonismo da Corte americana em efetivas direitos fundamentais” (MIARELLI; LIMA, 2012, p. 160).

O ativismo judicial coloca em debate até que ponto a garantia e atuação ativa de um dos poderes na proteção de direitos termina por ter um efeito positivo ou negativo sobre toda a estrutura democrática. Como coloca Chantal Mouffe (2000, p. 22): “the main question of democratic politics become not how to eliminate power, but how to constitute forms of power which are compatible with democratic values”.

Boa parte da crítica existente, e daí decorrente todo o peso negativo vinculado à corrente do ativismo judicial, é muito baseado no valor e peso concedido a decisões contramajoritárias no seio do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, o Poder Judiciário arrola uma atuação anti-democrática quando, ultrapassando os postulados legais, desmonta as estruturas pré-concebidas de divisão dos poderes (especialmente atuando no lugar de poderes legitimamente constituídos a partir da escolha popular (tal como o Poder Legislativo). É neste sentido a crítica esposada por Alexander Bickel, em *The Least Dangerous Branch*. Para o autor romeno, o Judiciário, por seus membros não exercerem mandatos populares, não pode se sobrepor a uma decisão do Presidente da República ou do Congresso Nacional (BICKEL, 1986, p. 16).

Conforme o ativismo judicial em sua concepção negativa, o Judiciário é visto como mero mediador das condições político-sociais e não implementador de ações, cuja legitimidade cabe a estruturas de poder mais ligadas aos princípios da escolha e participação popular. A corrente pós-positivista²⁴ do procedimentalismo incorpora tal percepção, colocando que as discussões em torno das medidas de impacto e consequencial efeito sobre a sociedade devem ser fundamentadas em um entorno democrático e dialógico. Portanto, o espaço deliberativo deve garantir a máxima participação da comunidade na implantação de políticas públicas (o que não ocorre quando estamos de frente a uma primazia do judiciário sobre as demais funções

²⁴ Aqui trata-se da corrente filosófico-jurídica que propõe uma reaproximação do Direito para com as questões ditas, segundo uma perspectiva positivista, fora do âmbito de estudo da ciência jurídica. Surge no pós-Segunda Guerra Mundial como tentativa de reafirmar direitos e melhor concretizar o dever de proteção do Estado. Destaca Barroso (2017, p. 284): “Como consequência, a partir da segunda metade do Século XX, o Direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade.”

públicas). Logo, “procedimentalistas não são entusiasmados pela supremacia judicial. Ao contrário, concedem, de maneira contida, uma pequena margem de ação corretiva à corte (...) têm em grande conta os valores da representação e da regra da maioria (MENDES, 2008, p. 57).

Neste diapasão, conforme o pós-positivismo jurídico reinsere nos estudos jurídicos a própria noção de justiça, o procedimentalismo termina por ser traduzido como uma maneira de concretizar a justiça por meio da deliberação e legitimidade da circunscrita ao desejo da maioria. Um dos maiores nomes do procedimentalismo, Jürgen Habermas, demonstra que as deliberações determinam um caminho racional para a condução da coisa pública, a maioria não tem uma opinião infalível, porém, sua posição é racionalmente aceita e válida até que uma minoria consiga convencer a maioria da posição em contrário (HABERMAS, 1997, p. 30). Conforme destaca sintetiza Rúrion Soares Melo (2004, p. 14) em dissertação de mestrado:

A racionalidade procedimental habermasiana cumpre a exigência de imparcialidade e garante as condições de aceitabilidade racional. Esse mesmo procedimento será fonte de legitimidade das normas do direito, passando a assumir o princípio de legitimidade democrática, no qual os discursos de estabelecimento do direito devem estar constituídos juridicamente.

O Judiciário está no centro desta crítica procedimentalista. Se a escolha das prioridades públicas está subscrita ao desejo da maioria e a própria formação deste desejo é inerente à sustentação de todo o arranjo democrático, o Poder Judiciário apenas cumpre o papel de assegurar a perfeita formação deste consenso público, nunca podendo sobrepor ou substituí-lo. “Quando o discurso dos especialistas está desvinculado da formação democrática da opinião e da vontade, ele se afirma contra as pessoas privadas. Entretanto, do ponto de vista do público de cidadãos, qualquer diferença de interpretação desse tipo constitui um paternalismo do sistema que coloca em risco a legitimidade (HABERMAS, 1997, p. 83). Em outras palavras, o Judiciário não pode corromper um sistema que prioriza o debate público visto ser o último dos poderes estatais com a legitimidade necessária para corresponder à vocalização dos desejos da maioria. “O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático” (HABERMAS, 1997, p. 183).

Se para alguns o Direito depende deste caráter procedimental, sob pena de carecer de legitimidade e destoar dos institutos fomentadores de um parâmetro democrático. Para outros, a visão é no sentido de que a democracia só pode ser realmente concretizada através de um espaço de atuação fértil do cidadão, esteja ele conforme ou não o desejo da maioria e, assim, podendo corresponder a uma essencial inserção de sujeitos subjugados no âmbito do intuito majoritário.

É nesta senda que o substancialismo propõe um contraponto ao olhar procedimentalismo. Antes de tudo, é preciso que se faça uma advertência inicial. Não há de fato um antagonismo estrito entre procedimentalistas e substancialistas. “Deve-se reconhecer, no entanto, a existência de uma larga zona de interseção entre as duas concepções, mais expressiva do que suas diferenças” (BARROSO, 2017, p. 121). Porém, quando o objeto utilizado é o ativismo judicial, o substancialismo corresponde a um ideal palatável e compreensível de atuação do Poder Judiciário como instituição integrante e inerente à concretização da democracia pela devida implementação de direitos fundamentais.

Para um substancialista, a democracia não se sustenta apenas pela estrita conformidade formal. Como regime moralmente desejável, a democracia não pode terminar por contentar-se apenas com procedimentos formalmente igualitários (MENDES, 2008, p. 59). No centro da defesa substancialista está o papel exercido pelo Poder Judiciário na inserção de atores e ideais minoritários em meio a um procedimento que impõe a decisão do majoritário, além de propriamente conceder efetividade aos postulados legais. É nesta senda que Ronald Dworkin sustenta que minorias sairiam ganhando com a ascensão constitucionalista conforme os parâmetros de uma proposta substancialista. A minoria teria poder político através do acesso ao Judiciário e o dever de fundamentação das decisões (2005, p. 32).

A teoria dworkiniana baseia-se no chamado direito como integridade, tendo em conta um longo e contínuo processo de construção e fundamentação do direito e seus institutos que deve ser levado em conta na interpretação jurídica. Neste sentido, Dworkin é enfático ao asseverar que “o direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima” (2014, p. 452). O autor norte-americano coloca a noção de passivismo para denotar aqueles juízes

passivos que demonstram deferência para com as decisões de outros poderes estatais, e logo afirma que a alternativa ao passivismo não estaria em um ativismo tosco, justificado pelo senso de justiça de determinado juiz, mas sim um julgador apurado e discriminatório conforme o caso concreto, não cedendo espaço a nenhum tipo de tirania (2014, p. 452). É contra este passivismo que a teoria substancialista de Dworkin luta e não se percebe o ativismo judicial como um antônimo perfeito:

O passivismo parece, à primeira vista, uma teoria atraente sobre a medida em que os juízes devem impor sua vontade às maiorias políticas. Mas, quando tomamos o cuidado de desemaranhar os diferentes problemas que mistura, seus fundamentais intelectuais tornam-se invariavelmente mais frágeis (...). Isso significa que devemos aceitar a teoria contrária, a teoria bicho-papão que os passivistas chama de “ativismo”? O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que a buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política (DWORKIN, 2014, ps. 451-452).

Dadas as nuances procedimentalista e substancialista no trato da relação das instituições e a garantia de um parâmetro democrático de debate e fomento do Direito, cabe analisar se o Estado de Coisas Inconstitucional estaria aproximado do ativismo judicial. Em outras palavras, a acolhida do ECI é uma forma de ativismo judicial?

Ativismo judicial é tomado por uma imbricada polissemia que por vezes foge do real sentido a que se pretende. Para Elival da Silva Ramos (2015, p. 131), “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento”. Já para Carlos Alexandre Azevedo Campos (2014, p. 164), o ativismo judicial é exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos”. Estas são apenas duas noções, aprioristicamente opostas, sobre o que é o ativismo judicial segundo a doutrina constitucionalista brasileira. Porém, a grande preocupação deste trabalho não está em exercer um olhar sobre o ativismo judicial em si, mas sim em perceber sua influência sobre a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, principalmente conforme a construção doutrinária deste instituto no Brasil. Deste modo, é certo que não se pode afastar o ECI e ativismo judicial. “A verdade deve ser dita: a atuação judicial envolvida na afirmação do ECI é exemplo destacado de ativismo judicial” (CAMPOS, 2016, p. 219).

Pela necessária fidelidade metodológica que se deve guardar no estudo deste objeto, é possível afirmar o ECI como medida de ativismo judicial através de dois fatores. O primeiro é pela sua origem institucional, ou seja, não há previsão legal expressa, seja em norma constitucional ou infraconstitucional, que baseie a utilização direta nos ordenamentos em que utilizado. O segundo é pela sua teleologia fundamental, ou seja, a vinculação a situações de omissão estrutural do Estado (CAMPOS, 2016, p. 223). Porém, tal resposta leva a outra pergunta: de que tipo de ativismo judicial estamos falando quando o assunto é ECI?

De um lado, este trabalho já denota a não confusão que deve ser feita ao tratar de ativismo judicial e estado de coisas. O caráter negativo do ativismo judicial, essencialmente demonstrado através do debate procedimentalismo-substancialismo, correspondendo ao efeito subsistente sobre a precarização da garantia dos parâmetros democráticos e do próprio Estado democrático de Direito, é uma das principais críticas ao instituto em comento. O ponto aqui defendido difere em muito deste caráter supracitado (tendo por percepção a análise procedimentalista sobre o ativismo). De fato, é preciso defender que o ECI tem por base um ativismo específico ou *sui generis*, desvinculado da carga negativa circunscrita ao termo e isto dar-se-á por não corresponder ao substrato desta espécie de ativismo. Se a doutrina dworkiniana defende que o ativismo judicial não é o contraponto natural de um passivismo jurídico, pode-se corroborar com a ideia do ECI como instrumento apto a ser este contraponto, muito afastado portanto do ativismo como parâmetro negativo de atuação do Poder Judiciário.

Inicialmente, a feição negativa do ativismo judicial é muito bem explanada quando se analisa o princípio da separação dos poderes²⁵. Logo, o precípua efeito deste ativismo é desestruturar o pacto democrático formado através da distribuição e coordenação do poder estatal. Como produto do liberalismo e da contenda contra o acúmulo do poderio estatal nas mãos de um só organismo, o princípio da separação dos poderes é parte deste núcleo existencial da própria noção de Constituição no Ocidente. Segundo o contexto de um Estado democrático, a quebra ou desrespeito aos limites

²⁵ “Dado o êxito do movimento jurídico-político que ficou conhecido como constitucionalismo, esse Estado submetido ao direito se tornou sinônimo de Estado constitucional, em que uma das peças-chave, inquestionavelmente, é o princípio da separação dos poderes. Muito embora se possa encontrar desde a Antiguidade alguns elementos que viriam a compor o núcleo do princípio, o certo é que apenas com as revoluções liberais do século XVIII lhe foi conferida a formulação com a qual se tornou conhecido, especialmente a partir da obra de Montesquieu, *O espírito das leis*.” (RAMOS, 2015, ps. 113-114)

impostos à atividade criativa da jurisprudência, implica a deterioração da função jurisdicional, afetando o esquema funcional dos poderes estatais, sobretudo a função legiferante, em gravíssima agressão ao princípio da separação dos poderes (RAMOS, 2015, p. 123).

Porém o ECI não sucumbe a tal crítica pois não pertence a tal universo. A excepcionalidade inerente a uma ocasião de estado de coisas inconstitucional, afasta a possibilidade de ser colocado como uma ameaça ao princípio da separação dos poderes. Não obstante as crítica já presentes tanto na ciência política quanto no direito constitucional quanto ao tradicional esquema de separação dos poderes²⁶, uma declaração de ECI não se sustenta pela simples e unívoca atuação judicial. Mais da verdade, o Poder Judiciário atua como um estimulador ou reorganizador de um esquema de omissão dos Poderes originariamente competentes para o enfrentamento da situação de desrespeito a direitos fundamentais. “A superação do ECI apenas é possível por meio da atuação estrutural coordenada, ou seja, de diversos atores sociais e políticos impulsionados pela intervenção judicial” (CAMPOS, 2016, p. 244). Ora, seria de notável ingenuidade pensar que o Poder Judiciário, diante de uma declaração de estado de coisas inconstitucional, solucionaria sozinho problemáticas de extremada complexidade na atuação do Poder Público na garantia de direitos fundamentais.

Outro ponto a ser ressaltado na defesa do ativismo ligado ao ECI, bem como reiterando seu desalinhamento com o ativismo de viés negativo, está baseado na

²⁶ Variadas são as percepções sobre a necessidade de reformulação do princípio da separação dos poderes. De um lado, conforme a Teoria Discursiva de Habermas, é discutida a necessidade de uma revisão deste princípio para o pleno atendimento da eficiência basilar aos contornos do procedimentalismo garantidor da legitimidade democrática (CHAVES, 2008, p. 141). Também subsiste a noção de que a crise enfrentada pelo Poder Judiciário é forjada diante da tradicional Separação dos Poderes acolhida segundo a perspectiva do Estado liberal (CUNHA; COUTO, 2017, p. 25). Neste sentido, é contundente a crítica formulada por Ademar Cypriano Barbosa (2016, ps. 118-119) na relação Poder Judiciário e princípio da separação dos poderes: “Exatamente porque o Poder Judiciário, que tem a função jurisdicional como precípua, pode interferir no mister legislativo para declarar nulas leis e atos normativos contrários à Constituição fora de um caso concreto, há, sempre, vozes a dizer que essa interferência feriria o princípio da separação dos poderes. Para bem analisar essa crítica e demonstrar sua impertinência, é necessário atualizar o conceito de jurisdição para admitir que o juiz não é mais apenas a ‘boca da lei’, como previa Montesquieu, mas que, no exercício dessa função estatal, participa também do processo de criação do Direito, em um nível muito inferior à liberdade criativa detida pelo legislador, mas na limitação própria de partícipe efetivo do processo de concretização dos preceitos fundamentais, como responsável pela elaboração da norma individual (...). De fato, a separação dos poderes transformou-se em um princípio constitucional histórico e moldável”. No direito comparado podem ser encontradas diferentes noções sobre a reformulação ou disfuncionalidade da tradicional separação dos poderes. Dentre elas a do autor norte-americano Bruce Ackerman (2009, p. 114), para quem a separação tradicional “não só gera inúmeras patologias legislativas, mas também interrompe a coerência da administração pública técnica”.

legitimidade da atuação do Poder Judiciário nestes termos, legitimidade esta que é decorrente da própria Carta Constitucional. Levando em conta a evolução pós-positivista sobre o alcance dos direitos fundamentais nas Constituições modernas, de que faz parte a Constituição brasileira de 1988, é possível afirmar que foi reservado o espaço para que o Judiciário ocupe um espaço antes inviável:

Percebe-se que a ampliação do espaço “tradicional” do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional), na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero legislador negativo, na expressão cunhada por Kelsen), foi viabilizada, dentre outras ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso de direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar, do âmbito político, certas opções (TAVARES, 2012, ps. 45-46).

Nesta esteira, fica demonstrado que não pode ser feita nenhuma confusão no uso do termo “ativismo judicial” quando o assunto é Estado de Coisas Inconstitucional. Ademais, ressalta-se a tendência da doutrina na implementação de um gênero de ativismo para o ECI: o ativismo dialógico.

A discussão sobre a classificação do ativismo como dialógico ou antidialógico posiciona-se em torno do papel cumprido pelo Judiciário, quando em atuação deslocada do tradicional esquema de partição dos poderes, conforme maior ou menor inserção dos demais atores públicos nas discussões e termos de sua intervenção. Em outras palavras, se comentamos sobre a face ruim do ativismo judicial e o negativismo de seu caráter independente de qualquer limite ou base teórico-fática, o ativismo dialógico cumpre com o papel de demonstrar a boa face do ativismo judicial. O ativismo antidialógico, portanto, coloca a Corte em sua posição mais delicada diante do arranjo institucional e da busca pela melhor solução aos casos concretos envolvendo políticas públicas. Em suma, é a única posição que pode-se afirmar, de plano, ilegítima (CAMPOS, 2016, p. 223).

De outro modo, estará presente o bom ativismo, o ativismo dialógico, diante de um processo interpretativo da Constituição pelo qual as Cortes não são a única voz no diálogo (FRIEDMAN, 1993, p. 658). Conforme César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco (2015, p. 49), a defesa do ativismo dialógico tem se apoiado na defesa da teoria democrática e no direito constitucional, em resposta às críticas clássicas

contra o ativismo judicial. A premissa utilizável é a de que o ECI pode incorporar muito bem este modelo de ativismo, representado essencialmente por um “diálogo *a posteriori* entre os Poderes, isto é, que utiliza a decisão judicial acerca de determinada controvérsia moral como ponto de partida para a mudança de postura” (PAIM, 2017, p. 206). Muito devido à própria natureza de uma declaração de estado de coisas inconstitucional, tendo em vista que não se sustenta pela mera palavra do Judiciário, os demais poderes públicos são chamados a integrar um verdadeiro pacto institucional. De fato, é conforme o caso concreto que poderá ser ponderado o quanto uma declaração de ECI é dialógica ou antidialógica, porém, “essas condições, uma vez satisfeitas, refutam as objeções de ordem democrática e institucional ao exercício do ativismo judicial” (CAMPOS, 2016, p. 245).

4.3 UM CONCEITO PARA O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A formação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, principalmente no cenário brasileiro, é mais do que tudo um espaço aberto para construções, críticas e cogitações. Entretanto não se pode confundir tal abertura teórica com uma suposta fragilidade de seus preceitos fundamentais, muito menos alegar a falta de uma textura básica a ser adaptada conforme o caso concreto enfrentado. Por assim dizer, o ECI tem um passado, um presente e um futuro fértil no âmbito das práticas constitucionais latino-americanas (e tal qual o presente estudo defende, nasceu e faz parte de um projeto constitucional naturalmente latino-americano). Seguindo este pensamento é que o trabalho segue para uma conclusão sobre a natureza do ECI e o que já se pode defender como parte da teoria deste estado de coisas, suas características fundamentais e finalidades básicas. Não deixando de reconhecer, por óbvio, que é teoria em constante evolução e parte de um novo modelo de concretização de direitos.

Para cumprimento de tais anseios, bem como uma perfeita conceituação, é preciso voltar ao que a doutrina colombiana destaca como situação apta ao ECI. Se alguns caracteres já estão destacados e demonstrados ao longo do texto, desde uma omissão generalizante sobre a garantia de direitos fundamentais, ligada por uma falha estrutural das instituições competentes na proteção de tais direitos, tendo um grupo abrangente de sujeitos como vítimas, o momento é de adentrar em uma análise mais

específica de tais pontos vinculado ao que, doutrinariamente, pacificou-se por falar que é ECI. Finalmente entramos no universo do Estado de Coisas Inconstitucional.

4.3.1 OMISSÃO, VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS E GENERALIDADE: CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DO ECI

O ECI desembarcou no Brasil trazendo por objeto um dos maiores problemas enfrentados pelo Estado brasileiro atualmente. O sistema carcerário brasileiro transformou-se em verdadeira crise de atenção internacional. Toma-se como emblemático exemplo o caso do Complexo do Curado no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, situação pela qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte Interamericana pedido de medidas provisórias²⁷ contra o Brasil tendo em vista a proteção da vida e integridade pessoal dos internos do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, no estado de Pernambuco (PAIVA; HEEMAN, 2015, p. 289).

A reiteração de semelhantes situações de crise em diversificadas instituições carcerárias em todo o Brasil, demonstra a relevância da problemática bem como a ineficácia das ações públicas para mitigação da si. Com uma das maiores populações carcerárias do mundo²⁸, a permanente crise sobre o sistema carcerário demonstrou a fragilidade do Estado na proteção e garantia de direitos e exigiu uma mudança de postura do Poder Público no enfrentamento da questão.

Vale ressaltar não é nenhuma novidade, no direito comparado, a sintonia entre ECI e sistema carcerário na tentativa de mitigar uma crise de larga escala tal como a carcerária. A Corte Constitucional Colombiana já havia enfrentado semelhante caso

²⁷ A determinação de medidas provisórias é prevista para casos de extrema gravidade e urgência, e quando necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas, sendo conhecida por meio de pedido da Comissão quando o caso ainda não tiver sido submetido à Corte (MAZZUOLI, 2016, 138).

²⁸ Segundo estimativa formulada pelo Ministério da Justiça brasileiro conforme o levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen) de dezembro de 2014, a população carcerária brasileira passava de 600.000 (seiscentos mil) presos. Conforme o próprio relatório, “esta posição no topo da lista dos maiores países encarceradores é fruto do elevado crescimento da população prisional nas últimas décadas, em especial dos presos provisórios e das prisões relacionadas ao tráfico de drogas”. Fonte: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf. Acesso em 21/12/2017.

quanto a sua respectiva situação carcerária. A *Sentencia de Tutela nº. 153 de 1998*²⁹, constatou um quadro generalizado de descumprimento de direitos fundamentais; superlotação e violência nas penitenciárias decorrentes da responsabilidade de um conjunto de autoridades (VIEIRA JÚNIOR, 2015, p. 17). A chamada decisão T-153 de 1998, determinou uma série de medidas na visualização de combate a uma generalizada e sistemática quebra de direitos fundamentais pela omissão de mais de um Poder Público, dentre elas estavam a suspensão da renovação de contrato com uma das maiores instituições carcerárias na capital colombiana; formulação, em 3 meses, de um plano de renovação das prisões já existentes e construção de novas a cada 4 anos e, em 4 anos, colocar fim ao confinamento conjunto de detentos ainda em julgamento e aqueles já definitivamente julgados (GARAVITO, 2011, p. 1.693).

Diante do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o partido político PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), ação de controle concentrado de constitucionalidade, pedindo o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro em face do desrespeito sobre direitos fundamentais dos presos, tanto quanto a necessidade de atuação do Poder Judiciário na implementação de medidas aptas a superar tal quadro:

Na inicial, defendeu estarem preenchidos os pressupostos do ECI: (i) vigência de um quadro de violação massiva de diversos preceitos fundamentais como o princípio da dignidade da pessoa humana, a vedação da tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos; (ii) o quadro possuir origem na multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, aí incluídos os de natureza normativa, administrativa ou judicial: falhas estruturais em políticas públicas; (iii) alcance da solução do problema por meio da adoção de medidas, voltadas à melhoria das condições carcerárias e à reversão do processo de hiperencarceramento, por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal (CAMPOS, 2016, p. 285).

Entendido em que contexto é possível falar de Estado de Coisas Inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso uma breve licença na discussão em torno da ADPF 347 (cuja análise processual será destacada em tópico futuro) para lançar uma visão sobre tais caracteres fundamentais do ECI desde o

²⁹ Íntegra disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.html>. Acesso em 21/12/2017.

ordenamento colombiano. Em suma, o leitor já pode perceber os contornos de um ECI (omissão – falha estrutural – generalidade no polo passivo), porém, é preciso compreender a exata textura de cada um destes termos para uma perfeita compreensão do sentido e da própria viabilidade de uma teoria do estado de coisas.

Os contornos fundamentais do Estado de Coisas Inconstitucional surgiram na Sentença de Tutela T-025 de 2004³⁰ na Corte Constitucional Colombiana. Em primeiro lugar, tratou-se de uma das sentenças de Estado de Coisas que coibiu uma das mais dramáticas e abrangentes situações de violação de direitos nacionais e internacionais. Em segundo lugar, foi acompanhada por um processo de participação pública de vários anos. Portanto, pareceu demonstrado que a CCC passou por um processo de aprendizagem sobre como elaborar remédios e formas de acompanhamento das medidas propostas para evitar as falhas ocorridas nas sentenças anteriores (GARAVITO, 2010, ps. 444-445). No contexto das demais decisões sobre ECI advindas da CCC, a T-025/04 representa a demarcação de uma teorização mais consistente e uma própria evolução dos meios de compreensão e acompanhamento do estado de coisas declarado inconstitucional.

Conforme Azevedo Campos (2016, p. 167), pode-se dividir as decisões de ECI colombianas em duas fases, uma primeira inaugurada pela decisão envolvendo

³⁰ A *Sentencia T-025/04* aborda o deslocamento forçado de populações no interior da nação colombiana diante, principalmente, da guerra contra o narcotráfico. Conforme destacado pela própria Corte: “Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas.” *Sentencia T-025/04*, disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.html>. Acesso em 28 de dezembro de 2017.

os docentes de *Maria La Baja e Zambrano* em 1997 até a Sentença T-025 de 2004. A primeira fase da jurisprudência sobre ECI, demonstra momento em que a Corte Constitucional Colombiana pouco se ocupou de formatar uma análise informada e detalhada da viabilidade de declaração e mesmo superação de um estado de coisas inconstitucional. Em si, isto explica o parco desenvolvimento e relativa ineficácia das decisões neste sentido até então (GARAVITO, 2010, p. 449).

A partir de 2004, conforme a T-025, inicia-se uma segunda fase caracterizada pelo rigor na identificação de situações substancialmente colocadas como reveladoras de um estado de coisas inconstitucional e a afirmação de seus pressupostos e efetividade. É, portanto, na decisão de 2004 que podemos encontrar a melhor fonte para um conceito fundamental ao Estado de Coisas Inconstitucional. Um dos fatores destacados na decisão citada está na prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia de direitos, bem como a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulneração de direitos³¹.

Esta espécie de omissão qualificada é o primeiro caractere a ser destacado na tarefa de compreensão e naturalização de determinada situação como apta a uma declaração de estado de coisas inconstitucional. Qualquer situação pretensamente apta a uma declaração de ECI tenderá a ser reflexo, primordial, de um contexto de omissão em cadeia dos órgãos ou instituições legalmente investidas na obrigação de atuação. Portanto, o primeiro sintoma de uma situação de gravidade jurídica tal que se faz necessário uma atuação excepcional do Poder Judiciária na implementação de medidas e estruturas correcionais, diante da não-atuação ou atuação deficiente do Estado. “Não seria a inércia de uma única autoridade pública, mas o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos” (CAMPOS, 2016, p. 181). O Estado de Coisas Inconstitucional, por este diapasão, tem por marca inicial responder a uma determinada e excepcional condição de direitos que estão em constante descumprimento por uma falha estrutural na implantação de políticas e ações de tutela.

³¹ “Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes (...) (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos (...) (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos”. Sentencia de T-025/04, disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.html>. Acesso em 28 de dezembro de 2017.

Com efeito, se trata de um problema cuja solução estaria propriamente e exclusivamente nas mãos do Poder Executivo ou Legislativo, porém, a ausência de políticas públicas claras e coerentes ou a presença de graves insuficiências ou contradições nas existentes, termina por constituir uma determinada situação de lesão a um amplo leque de direitos fundamentais de numerosas pessoas (HERNÁNDEZ, 2003, p. 211).

A busca por mitigação de uma “falha estrutural” não é exclusividade ou novidade decorrente das primeiras declarações de Estado de Coisas Inconstitucional. Em suma, é possível fazer uma regressão até o famoso caso *Brown vs. Board of Education* de 1954³², examinado pela *United States Supreme Court* (USSC). Neste caso, a estrutura de consolidação e garantia de direitos fundamentais, no núcleo da questão estava principalmente o direito à igualdade, tinha por maior defeito a própria atuação do Poder Público e uma falaciosa estrutura estatal que corroborava com a quebra de direitos estabelecidos constitucionalmente. No contexto do caso destacado, a Suprema Corte já havia se posicionado ao lado da legalidade de medidas segregacionistas, bem como a compatibilidade de tais medidas para com a Constituição americana. O caso *Plessy vs. Ferguson*, de 1896, deu o aval constitucional para a segregação e os Estados do sul dos Estados Unidos não mediram esforços em expandir as medidas segregacionistas (ANDERSON, p. 9)³³. No centro do caso *Brown vs. Board of Education* estava presente mais até do que o direito à igualdade entre brancos e negros, o próprio acesso à educação, um direito fundamental básico, estava sendo cerceado pelo Estado:

³² “Terminada a Guerra Civil norte-americana, o norte vitorioso emendou a Constituição para pôr fim à escravidão e a muitos de seus incidentes e consequências. Uma dessas emendas, a Décima quarta, declarava que nenhum Estado poderia negar a ninguém “igualdade perante a lei”. Depois da Reconstrução, os Estados sulistas – de novo no controle de suas próprias políticas – praticaram segregação racial em muitos serviços públicos (...). No famoso caso de *Plessy vs. Ferguson*, o réu alegou, perante a Suprema Corte, que essas práticas segregacionistas violavam automaticamente a cláusula da igualdade perante a lei. A Corte rejeitou a alegação, afirmando que as exigências dessa cláusula estariam sendo atendidas se os Estados oferecessem serviços separados, porém iguais, e que, por si só, o fato da segregação não tornava esses serviços automaticamente desiguais. Em 1954, um grupo de crianças negras que frequentavam uma escola em Topeka, no Kansas, provocou a retomada da discussão do problema (...). Dessa vez, a Corte tomou decisão favorável aos queixosos. Sua decisão foi inesperadamente unânime, ainda que a unanimidade tenha sido obtida graças ao voto escrito por Earl Warren, presidente do Supremo Tribunal, o qual sob muitos aspectos era uma solução conciliatória. Ele não rejeitou cabalmente a fórmula ‘separado porém igual’; em vez disso, baseou-se em controvertidas evidências sociológicas para mostrar que as escolas nas quais se praticava segregação racial não podiam ser iguais por esta única razão” (DWORKIN, 2014, p. 36).

³³ “*Plessy v. Ferguson* gave constitutional approval to the segregation of intrastate trains, and the southern states wasted no time in extending segregation to other areas of public life. Soon, there were laws that limited where blacks could live, work, play, eat, shop, and even sit down to rest tired legs. Blacks were not allowed to enter hotels, theaters, schools, and restaurants reserved for whites.”

The case focused on the fact that, even though black schools in Topeka had equal facilities and teacher salaries, programs and textbooks were not equally available. In addition, there were 18 elementary schools for whites, but only four for blacks. For many black children, attending a neighborhood was impossible (...). The school board provided 30 buses to transport white students to school, but it refused to have buses for black students (GITLIN, 2008, p. 17).

Neste sentido, o posicionamento da *USSC* estabelecendo o fim de uma política de exclusão e quebra constante e generalizada de direitos pertencentes a grande número de sujeitos, inicia a apreciação judiciária de causas caracterizadas pela falha estrutural estatal (DANTAS, 2017, p. 156).

Por conclusão, a efetiva superação de um estado de coisas inconstitucional passa exatamente pela necessidade de mitigação deste primeiro sintoma. Destacando a utilização do ECI no combate às falhas estruturais, César Garavito e Magdalena Sepúlveda (2013, p. 240) ressaltam que sua aplicação tem efetivado um mecanismo de pesos e contrapesos na garantia de cumprimento de direitos e princípios constitucionais básicos de competência das autoridades públicas, tanto quanto estabelecido uma colaboração dentre estas mesmas autoridades.

O segundo fator integrante do conceito de estado de coisas está no tipo de direito alcançado pela falha estrutural. Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 180), não basta que qualquer norma constitucional seja afetada pela omissão estatal, é necessário que esteja relacionada, direta ou indiretamente a direitos fundamentais pertencentes a uma grande quantidade de sujeitos; principalmente, trata-se não só da quebra a um direito fundamental específico mas a uma variedade desses e, por fim, a violação de direitos deve influir em um amplo grupo de pessoas, em especial, minorias e grupos em situação de vulnerabilidade. Esta espécie de tipologia jurídica inerente à caracterização do ECI, é de extrema importância na preservação do caráter excepcional do instituto.

Se anteriormente foi destacada a omissão estatal e a incidência de uma falha estrutural na defesa e proteção de determinados direitos, é cabível perguntar sobre que espécie de direitos o ECI se propõe a interferir. Dentro da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, conforme já supracitado, são notadas duas fases distintas na

consolidação e aplicação deste modelo dentro do constitucionalismo colombiano. É importante lembrar que mesmo na primeira fase de aplicação do ECI, aquela destacada entre 1997 e 2003 (até a Sentença T-025/04), a Sentença de Unificação 90 de 2000, “pronunciamento más completo sobre el ECI antes de la Sentencia T-025 de 2004” (GARAVITO, 2010, p. 444), já trazia como marca maior a violação massiva de direitos fundamentais.

A chamada SU 90/00 teve por objeto a omissão estatal no pagamento de pensões. Em breve resumo, trata-se da irresignação dos pensionistas do departamento de Chocó (um dos 32 departamentos que formam, ao lado da Capital, Bogotá, a República da Colômbia) com o fim de obter o pagamento de suas pensões e atenção médica correspondente, direitos estes negados desde muito tempo³⁴. Um dos pontos destacados pela CCC foi a inegável quebra do direito ao mínimo existencial aos pensionistas de Chocó³⁵. Portanto, não estava em debate apenas o direito dos sujeitos à obtenção dos benefícios devidos, mas sim uma quebra de diversificados direitos fundamentais ao longo do tempo originados no não pagamento das pensões. Conforme destaca Garavito (2009, p. 444), com a definição de ECI utilizada pela Corte nesta decisão, houve a integração entre variáveis de resultado e variáveis de processo. Enquanto a reiterada e massiva violação de direitos refere-se a um resultado; a origem desta violação em falhas estruturais aponta para um processo que contribui na situação de vulnerabilidade. Em síntese, não há como falar de falha estrutural sem a violação massiva de direitos quando o assunto é Estado de Coisas Inconstitucional.

É neste sentido que a violação massiva de direitos representa um pressuposto essencial para identificação do ECI, bem como sua utilização excepcional. Ora, o próprio objeto de uma declaração de estado de coisas tem de demonstrar a amplitude de

³⁴ “Los actores de las catorce acciones de tutela acumuladas son pensionados del departamento del Chocó y de la Empresa de Licores del departamento, que acuden a la acción de tutela con el fin de obtener el pago de sus mesadas pensionales y la atención que les corresponde, derechos que les han sido negados en la práctica desde hace varios años”. Sentencia de Unificación 90 de 2000. Disponível em: <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43563437>. Acesso em 03 de janeiro de 2018.

³⁵ “La vulneración del derecho al mínimo vital de los pensionados del Chocó es general e intolerable. Igual ocurre con el incumplimiento de las sentencias de tutela proferidas en relación con los jubilados del departamento”. Sentencia de Unificación 90 de 2000. Disponível em: <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43563437>. Acesso em 03 de janeiro de 2018.

seus efeitos sobre uma gama de direitos e pessoas, não sendo problemática passível de mera resolução pelos instrumentos jurídicos disponíveis:

A violação se apresenta como grave problema não apenas jurídico, mas social. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em fator exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que fecharia os olhos para a vulneração da Constituição como um todo, do projeto constitucional de garantia e gozo de direitos fundamentais. A Corte deve conectar-se com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e não apenas com aspectos subjetivos ou vinculados a tipos específicos de enunciados constitucionais (CAMPOS, 2016, p. 180).

Uma boa categorização de situações aptas a um controle conforme o ECI está baseada nestes dois fatores até aqui destacados, porém, uma completa fundamentação não pode deixar de levar em conta a possibilidade de imputação de medidas interinstitucionais na mitigação do estado de inconstitucionalidade da situação em debate. Este terceiro caractere é fundamental na própria superação do estado de coisas inconstitucional, principal objetivo decorrente da declaração. Se foi destacada a presença de uma falha estrutural, só pode ser percebida sua solução através de uma necessária interação entre vários representantes públicos, e aí está outra característica fundamental do ECI. Se destacamos a generalidade de sujeitos afetados pela violação massiva de direitos, também é presente um círculo de responsáveis pela violação. Em suma, “haverá o ECI quando a superação dos problemas de violação de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas um conjunto desses” (CAMPOS, 2016, p. 183).

O desafio deste dialogismo institucional não é nenhuma novidade na teoria constitucional. Como destaca Miguel Gualano de Godoy (2015, p. 150), o diálogo interinstitucional remonta a Alexander Bickel nos anos 1960 e a referência a uma conversa permanente em matéria de interpretação constitucional. É fato que a procura por um espaço fértil e estável de construção e concretização de direitos passa, essencialmente, pela ideia do diálogo institucional. Porém, o grande desafio sempre esteve ao lado de encontrar o melhor modelo ou como as regras de tal diálogo poderiam ser paritárias o bastante para não fazer prevalecer a última palavra de uma ou outra instituição. Neste sentido, o Poder Judiciário, principalmente dentro do ordenamento brasileiro, sempre ocupou papel questionável:

A mentalidade política que opera a interação institucional brasileira é dominada por uma “retórica do guardião entrincheirado”. Atribui ao tribunal,

ao menos no discurso, uma missão salvacionista na proteção de direitos e da reserva de justiça da democracia (MENDES, 2011, p. 127).

Nesta linha, como distinguir o ECI de mais um modelo reprodutor de práticas fundamentadas na última palavra do magistrado? Em outras palavras, o diálogo inerente ao conceito de estado de coisas inconstitucional não apenas reafirmaria o processo de supremacia do judiciário em detrimento dos demais poderes? Em parte já respondemos estas perguntas no tópico relacionado ao ativismo judicial, ressaltando a incorporação do ativismo dialógico à prática de declaração de estado de coisas. Porém, a noção de diálogo é tão parte da própria substância do ECI que é preciso adentrar mais fundo nesta concepção. É nesta linha que aparece o acompanhamento da superação do estado de coisas como própria imagem da eficácia de uma declaração de estado de coisas. Em resumo, não há ECI eficaz sem uma política de superação da inconstitucionalidade situacional. E é no desafio da superação que presente a maior faceta de um diálogo particular no cerne da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

Este grau de fiscalização, acompanhamento e, principalmente, formação de critérios para avaliação da superação do ECI é produto da Sentença T-025 de 2004, pela qual a CCC, de acordo com os princípios da separação dos poderes e participação popular, realizou um mecanismo de expedição de processos e realização de audiências públicas na tentativa de preencher as lacunas deixadas nas decisões anteriores (GARAVITO, 2010, p. 454). A análise de superação tem por fundamental aspecto demonstrar não só o fim do estado de coisas incompatível com os direitos protegidos constitucionalmente, mas também diminuir uma potencial subjetividade do julgador na avaliação do caso em destaque. Ou seja, além de uma maior transparência no envolvimento dos Poderes Públicos na efetiva mitigação do estado de coisas, o Poder Judiciário tem por controlado qualquer ímpeto de supremacia ou quebra do diálogo interinstitucional:

La referencia a la necesidad de un análisis informado y detallado implica dos condiciones de viabilidad para la evaluación de la superación de un ECI. De un lado, es indispensable contar con indicadores de proceso y resultado detallados que, como todo indicador aceptable en estadística, sean medibles, válidos y confiables. Esto implica que deben ser lo suficientemente desagregados, precisos y empíricamente verificables como para permitir mediciones por parte de diferentes observadores (GARAVITO, 2010, p. 449).

Conforme o que foi disposto no presente tópico, é possível compreender melhor a natureza e o alcance de uma declaração de Estado de Coisas Inconstitucional. A delimitação de seus objetivos e práticas não é o bastante para uma perfeita compreensão de seu conceito, e assim deve ser para que este instrumento preserve sua natureza excepcional. Em outras palavras, o ECI obedece a um estrito catálogo de referências e só pode ser compreendido e aplicado a partir delas, sob pena de tudo transforma-se em situação apta a uma declaração.

4.3.2 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL À BRASILEIRA: O FUTURO DO ECI NO BRASIL

A principal pergunta que ronda a utilização do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, é a pertinência de tal modelo jurídico sobre o ordenamento jurídico brasileiro. Estabelecida a raiz latino-americana do ECI, bem como os motivos e a realidade constitucional que deu espaço para tal prática, é viável estabelecer um futuro para o ECI no Brasil? Este tópico tratará, portanto, sobre as questões de direito, o contexto, principais indagações e críticas em torno da aplicação deste instituto em território brasileiro, abordando três aspectos da entrada do estado de coisas no Brasil: primeiro, um específico grupo de pressão, muitas vezes pouco citado, de fundamental atuação no pedido de ECI; segundo, o objeto escolhido e seu perfeito encaixe ao modelo de estado de coisas inconstitucional e, por fim, as perspectivas para tal instituto no horizonte jurídico brasileiro tendo por base uma proposta de normatização do ECI pelo Senado Federal.

A entrada do ECI no ordenamento jurídico brasileiro dar-se-á com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347 (ADPF 347³⁶), conforme proposta do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Vale ressaltar que, no sistema de controle de

³⁶ Conforme relatório do relator, Min. Marco Aurélio, na apreciação da Medida Cautelar na ADPF 247, é feito o seguinte resumo do procedimento judicial até então conduzido: “O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL busca, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, seja reconhecida a figura do ‘estado de coisas inconstitucional’ relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. Afirma alicerçada a inicial em representação formalizada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos.” (STF. ADPF 347 MC/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 12 de janeiro de 2018).

constitucionalidade brasileiro, os partidos políticos ocupam posição de destaque como legitimados para as chamadas ações de controle concentrado, em outras palavras, ações de caráter objetivo e delineamento circunscrito à defesa e proteção das disposições constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, não é de grande surpresa que o primeiro pedido de estado de coisas inconstitucional, no Brasil, chegue através das mãos de um partido político. Porém, nas entrelinhas da citada demanda está a presença de um grupo de pressão específico.

A manobra utilizada, no caso, foi o pedido de declaração de “ECI” sobre o sistema carcerário brasileiro e o grupo de pressão em questão é a Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), capitaneada pelo advogado Daniel Sarmiento. A Clínica tem específica e já consolidada atuação na fiscalização e promoção de transformações no sistema carcerário brasileiro. E, de acordo com sua estrutura organizada, porém não pertencente aos ramos da institucionalização oficial, pode ser muito bem compreendida no conceito de grupo de pressão, majoritariamente, dado pela ciência política. Logo, não poder-se-ia desvincular a atividade do Partido Socialismo e Liberdade sem a influência da supracitada Clínica.

A presença de uma Clínica Jurídica no contexto formativo da primeira declaração de ECI brasileira já é sintoma a ser estudado com maior enfoque, pois representativa de um efeito maior. Conforme a concepção substancialista de um protagonismo da atividade judicial, munida dos necessários instrumentos para concretização de direitos e, muitas vezes, correspondida por uma letargia legislativa, os balcões dos tribunais se mostram tão atraentes para os grupos de pressão quanto sempre foram os salões parlamentares. O ativismo judicial proporcionou o surgimento de grupos de pressão com um novo perfil institucional e atuação mais eficiente.

As clínicas jurídicas representam uma fatia desta nova realidade político-jurídica, “nasceram nos Estados Unidos da América (EUA), existem atualmente em diversas universidades do mundo e estão em processo recente de surgimento no Brasil” (LAPA, 2014, p. 60). No Brasil, o surgimento das clínicas jurídicas é um fenômeno relativamente recente mas que já se espalhou por todas as regiões do país. É possível identificar que o grande contexto para o surgimento das clínicas é a Resolução 09/2004 do Conselho Nacional de Educação, órgão vinculado ao Ministério da Educação,

publicando as Diretrizes Curriculares guiadoras do ensino jurídico no Brasil (LAPA, 2014, p. 82). Elas têm uma função preponderantemente educacional (não por menos nascem no seio de instituições de ensino), assumindo o papel de consolidar um novo modo de ensinar direito nos cursos jurídicos. A grande lacuna deixada pela pouca formação prática nas grades curriculares dos cursos de Direito, tende a ser mitigada com a estruturação de uma clínica jurídica apta a desenvolver tais aptidões no alunado.

De outra parte, as clínicas também representam espaço público de discussão, assessoria jurídica e educação em direitos humanos. Isto porque ambicionam concretizar ideais e teorias, aliando o ensino teórico com a técnica forense, e é por isso que notamos tamanha vanguarda em muitas propostas advindas de tais ambientes. “O objetivo do trabalho da clínica é oferecer ao aluno a oportunidade de ter um contato com a prática do direito e desenvolver uma consultoria objetiva e concreta” (BOTTINO, 2015, p. 13). O desafio moderno de uma educação em Direitos Humanos efetivamente emancipadora, transformadora e, principalmente, agregadora de um número cada vez maior de adeptos para as causas de defesa e proteção de direitos fundamentais, passa exatamente pela idealização de atividades como as das clínicas jurídicas.

Em suma, as clínicas jurídicas devem representar instrumento suplementar na defesa e proteção dos Direitos Humanos em determinada comunidade, país ou região, podendo somar aprendizado e experiência na fomentação de discussões públicas, espaços de debate e atuação, resolução pacífica de conflitos e, por final, a judicialização de casos com determinado grau de efeito sobre a coletividade. Elas devem ter este espaço reservado para atuarem na implementação de novas soluções de velhos problemas. Foi o que aconteceu, no Brasil, com a ADPF n.º. 347, demonstrando o alto grau de capacidade e competência implícito no trabalho das clínicas de Direitos Humanos.

O objeto da ADPF n.º. 347 leva em conta temática já discutida pelo STF em outras oportunidades³⁷, tanto quanto já abordada em ECI perante a Corte Constitucional

³⁷ Exemplo marcante é o Recurso Extraordinário 592.581, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, tendo por objeto a competência do Poder Judiciário determinar ou não, à Administração Pública, a realização de obras em estabelecimentos prisionais. O caso teve por principal marca a precária situação do Albergue Estadual Uruguaiana no Estado do Rio Grande do Sul. Em seu voto, o Ministro Lewandowski ressaltou a precariedade do sistema carcerário brasileiro: “Ouso assinalar, desde logo, que

Colombiana. O sistema carcerário é notado como mais do que mero violador de direitos fundamentais mas sim resultado de uma falha estrutural do Poder Público. Na inicial que conduziu a questão ação ao STF, defendeu-se o preenchimento dos requisitos do ECI através de três aspectos: um quadro de violação massiva de direitos fundamentais; origem em atos comissivos e omissivos de diversificadas instituições públicas incumbidas de políticas públicas nesta área e a necessária formação de um pacto institucional para solução do problema (CAMPOS, 2016, p. 285).

Não muito diferente ocorreu no âmbito colombiano. A Sentença de Tutela T-153 de 1998 trouxe para a Corte Colombiana a primeira proposta de ECI sobre a situação das pessoas em condição de encarceramento nos Centros Penitenciários colombianos. Antes de tudo, é necessário notar que esta decisão está posicionada na chamada primeira fase dos julgamentos de estado de coisas perante a CCC, ou seja, desde logo é preciso reconhecer o contexto em que apresentada e decidida a questão então discutida. Sob a relatoria do Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, a Sentença T-153³⁸ enfrentou especialmente o fenômeno do superencarceramento nos Centros Penitenciários colombianos, em especial no Cárcere Modelo de Bogotá e no Cárcere Distrital de Bellavista em Medellín. Uma das principais conclusões extraídas da Sentença T-153 foi a reiterada e generalizada omissão estatal para com o problema do encarceramento:

El problema de las cárceles y de las condiciones de vida dentro de ellas no ocupa un lugar destacado dentro de la agenda política. A pesar de que desde

até o mais desinformado dos cidadãos possui algum conhecimento acerca do quadro de total falência do sistema carcerário brasileiro, o que faz com que tal problema ultrapasse as fronteiras do Rio Grande do Sul, constituindo, de resto, antiga mazela nacional (...). Nesse contexto, são recorrentes os relatos de sevícias, torturas físicas e psíquicas, abusos sexuais, ofensas morais, execuções sumárias, revoltas, conflitos entre facções criminosas, superlotação de presídios, ausência de serviços básicos de saúde, falta de assistência social e psicológica, condições de higiene e alimentação sub-humanas nos presídios.” (STF. RE 692.581. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em 13 de janeiro de 2018.

³⁸ “Uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.” (CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de Tutela 153 de 1998. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em 13 de janeiro de 2018).

hace décadas se conoce que la infraestructura carcelaria es inadecuada, que los derechos de los reclusos se vulneran, que los penales no cumplen con su función primordial de resocialización y que los centros carcelarios del país rebosan de sindicados no se observa una actitud diligente de los organismos políticos del Estado con miras a poner remedio a esta situación (COLOMBIA, 1998).

Entretanto, esta declaração não surtiu o efeito desejado e pouco influenciou na situação do cárcere colombiano. Como justifica César Rodríguez Garavito (2011, p. 1.675), embora a Corte tenha produzido uma série de medidas a curto prazo tendo por enfoque falhas orçamentárias e administrativas subjacentes ao problema de superlotação, não foi formulado um mecanismo de monitoramento significativo, essa omissão ajuda a explicar o baixo impacto da decisão T-153.

Em qualquer caso, é inevitável uma aproximação entre os casos brasileiro e colombiano, não só baseado no conceito jurídico base para fundamentação das decisões mas também pela situação fática enfrentada. Enquanto no Brasil evidencia-se um grave panorama decorrente da ineficácia estatal; na Colômbia, mesmo 20 anos após a defesa da tese de estado de coisas inconstitucional, a situação ainda revela-se preocupante (JABORANDY; PORTO, 2017, p. 206). Portanto, como solucionar a crítica de “importação” de um modelo que abordou o mesmo objeto em sua Corte de origem e não obteve êxito?

Como já anteriormente demonstrado, a T-153 têm de ser analisada segundo uma interpretação sistemática. Primeiramente, têm parte na fase inicial de uso do Estado de Coisas Inconstitucional, período este em que a CCC ainda carecia de um molde e mesmo de uma teorização qualificada para o próprio entendimento do instituto e seus objetivos. Segundo, é falta de acompanhamento e monitoramento é fator essencial em qualquer declaração de estado de coisas, logo, o erro não está na declaração em si mas em sua implementação. A mesma lição deve ser levada em conta para a ADPF 347, para que não termine por torna-se uma decisão irmã da T-153, mas muito mais se aproxime da T-025.

A petição inicial da ADPF 347 traz os contornos para a alegação de um estado de coisas inconstitucional sobre o sistema carcerário brasileiro. Além da violação massiva de direitos fundamentais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana e direitos sociais como saúde, educação, segurança e trabalho, foi identificada a

origem de tal situação em na ineficácia de um conjunto de atores estatais na estruturação de políticas públicas aptas a enfrentar a problemática; por último, a necessidade de interação institucional na busca da solução (CAMPOS, 2016, p. 285).

Na petição também ficam evidentes as linhas de atuação possivelmente aptas a mitigar este estado de coisas. No tópico 7 “Mudar é possível: medidas que o STF deve impor aos poderes públicos”, destacam-se quatro medidas solicitadas em sede cautelar.

A primeira é quanto a um planejamento dialógico-institucional, ou seja, a intervenção de uma fiscalização judicial sobre a formulação de políticas públicas pela União, Estados e Distrito Federal³⁹. O interessante contorno desta primeira medida está na presença do Poder Judiciário como mero fiscalizador e não efetivo formulador de políticas públicas. Esta é a medida que mais fortemente combate a letargia e a omissão do Poder Público na própria formulação de possíveis soluções. Depreende-se que é nesta está mais presente o dever de acompanhamento do Supremo Tribunal Federal, bem como mais perceptível sua intervenção nas políticas criadas.

A segunda é a audiência de custódia. O conceito e a exigibilidade da audiência de custódia decorre diretamente do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁴⁰

³⁹ “Medidas objetivas, prever metas e prazos para a sua implementação, bem como reservar os recursos necessários para tanto, de modo a buscar o equacionamento de questões como a superlotação dos estabelecimentos prisionais, a precariedade das suas instalações, a carência e falta de treinamento adequado de pessoal nos presídios, o excesso do número de presos provisórios, a prática sistemática de violência contra os detentos, a falta de assistência material, de acesso à justiça, à saúde, à educação e ao trabalho dos presos, bem como as discriminações diretas e indiretas praticadas contra mulheres, minorias sexuais e outros grupos vulneráveis nas prisões. É importante que esses planos, depois de discutidos no âmbito do processo constitucional, sejam submetidos à aprovação da Corte, de forma a vincular quem os formulou. Caso os planos não sejam apresentados, ou os seus termos sejam considerados inadequados ou insuficientes, caberá ao STF, evidentemente, impor as medidas substitutivas ou adicionais que considerar apropriadas para a superação do estado de coisas inconstitucional” (PETIÇÃO INICIAL ADPF 347, p. 52. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em 14 de janeiro de 2018).

⁴⁰ “Art. 9º, 3: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença” (BRASIL. Decreto nº. 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 30 de janeiro de 2018).

e da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴¹, sendo nada mais do que a oportunidade do magistrado avaliar as condições legais da prisão de determinado indivíduo, logo de sua captura ou em tempo hábil. Porém, não obstante a importância do tema na seara dos direitos humanos, tendemos a fazer um olhar da audiência de custódia conforme a ADPF 347. Neste sentido, é adotada como reação aos recorrentes quadros de superlotação carcerária e obrigação imediata do Estado brasileiro (ALMEIDA; LIRA, 2016, p. 574). A audiência de custódia, portanto, é percebida como parte da solução do encarceramento excessivo, um dos aspectos levados em conta na própria identificação do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, pois tendente a diminuir o aprisionamento provisório.

A medida ressaltada no ponto 7.2 da petição inicial da ADPF 347, salienta tais contornos, ou seja, tanto a imediata aplicabilidade da audiência de custódia diante do compromisso assumido perante o Pacto Internacional e a Convenção Americana, quanto o efeito possível sobre a superlotação carcerária⁴². Em sede de medida cautelar, o STF acolheu esta pretensão para determinar que, em até 90 dias, audiência de custódia fosse disponibilizada pelos juízes e tribunais de todo país, sendo estipulado o prazo máximo de 24 horas, contados da prisão, para a apresentação (CAMPOS, 2016, p. 289).

A terceira medida solicitada pela petição inicial, em sede de cautelar, foi sobre a necessidade de fundamentação nas decisões de não aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Neste ponto é identificada um descompasso entre a previsibilidade legal e sua aplicação no caso concreto. A petição inicial ressalta a alteração promovida pela Lei n.º. 12.403/11 sobre o art. 319 do Código de Processo Penal brasileiro, diante da introdução de medidas cautelares diversas da prisão⁴³. Esta solicitação tem base em

⁴¹ “Art. 7º, 5: Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” (BRASIL. Decreto n.º. 678, 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 09 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 30 de janeiro de 2018).

⁴² “Assim, deve-se postular ao STF que afirme a aplicabilidade imediata do direito à audiência de custódia, prevista no Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, impondo sua realização por todo o Poder Judiciário brasileiro” (PETIÇÃO INICIAL ADPF 347, p. 58. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em 30 de janeiro de 2018).

⁴³ “A cultura do encarceramento, presente no Judiciário brasileiro, encontra-se tão enraizada na mentalidade dos juízes e na prática forense que consegue sabotar a eficácia de inovações legislativas

proposta encaminhada pelo Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, ao Ministério da Justiça, para apresentação de projeto de lei com vistas a modificar a carta processual penal brasileira.

O quarto pedido cautelar ressaltado⁴⁴ vincula-se à determinação do imediato descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e que a União se abstenha de realizar novas restrições (CAMPOS, 2016, p. 287). O Fundo Penitenciário Nacional tem origem da Lei Complementar nº. 79 de 1994⁴⁵, tendo por finalidade a injeção de valores no sistema penitenciário. A petição destaca, além do contingenciamento feito pelo governo federal, o modelo burocrático e mesmo a rigidez na utilização do fundo pelo entes federativos⁴⁶.

Apreciando os pedidos cautelares⁴⁷, o STF determinou que os juízes e tribunais viabilizassem a audiência de custódia em todo o país; que a União liberasse o saldo

consentâneas com a Constituição. É o caso da Lei 12.403/2011, que alterou o art. 319 do Código de Processo Penal, para introduzir medidas cautelares penais alternativas à prisão, como a monitoração eletrônica. Esta lei, que concretiza o princípio da proporcionalidade no campo processual penal, infelizmente ‘não pegou’: os juízes continuam adotando como regra a decretação da prisão, à revelia da Constituição, da lei e das normas internacionais, desprezando a possibilidade de adoção de providências alternativas” (PETIÇÃO INICIAL ADPF 347, p. 58. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em 30 de janeiro de 2018).

⁴⁴ “Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro” (PETIÇÃO INICIAL ADPF 347, p. 70. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em 30 de janeiro de 2018)

⁴⁵ “Art. 1º. Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), a ser gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional” (BRASIL. Lei Complementar nº. 79, de 07 de janeiro de 1994. Cria o Fundo Penitenciário Nacional, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 de janeiro de 2014. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm. Acesso em 30 de janeiro de 2018).

⁴⁶ “O FUNPEN é composto por diferentes verbas, dentre as quais 50% das custas judiciais recebidas em favor da União e 3% dos recursos arrecadados com loterias e sorteios federais (...). Porém, apesar da situação calamitosa do sistema penitenciário brasileiro, a maior parte dos recursos disponíveis do FUNPEN não é efetivamente gasta. Segundo informações do DEPEN, atualmente o saldo contábil do fundo corresponde a cerca de R\$ 2,2 bilhões. Um dos entraves para o uso destes recursos é o contingenciamento orçamentário realizado pelo governo federal, visando a atingir as metas fiscais. No ano de 2013, calcula-se que menos de 20% dos gastos orçamentariamente autorizados do referido fundo foram efetivamente realizados (...). Outro problema no FUNPEN é o excesso de rigidez e de burocracia da União para liberação de recursos aos demais entes federativos, para que desenvolvam medidas voltadas à melhoria do sistema carcerário.” (PETIÇÃO INICIAL ADPF 347, ps. 50-51. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em 30 de janeiro de 2018).

⁴⁷ “O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea ‘b’, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia,

acumulado do Fundo Penitenciário Nacional e o expresse reconhecimento da presença de um estado de coisas inconstitucional (CAMPOS, 2016, p. 289).

Por tudo o que foi demonstrado, o estado de coisas inconstitucional no Brasil não tem fim com a ADPF 347, seja porque analisada a questão em sede de medida cautelar ou tendo em vista a experiência colombiana que demonstra a necessidade de muito mais do que apenas uma declaração. Entretanto, um avanço já pode ser visto e realizado através do mero reconhecimento desta declaração. Tomando uma necessária divisão entre a validade e a eficácia aplicada sobre a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, é preciso diferenciar sobre os efeitos de uma declaração de estado de coisas, já no plano da validade, e sua perfeita implantação no plano da eficácia. Por si só, este trabalho deve por função primordial os efeitos da aplicabilidade no plano da validade, não diminuindo ou destoando da necessária preocupação que deve ser demonstrada sobre a percepção material de tal teoria. Como destaca Carlos Alexandre Campos (2016, p. 290), “do ponto de vista teórico, a decisão valeu como marco inicial de utilização do ECI na jurisdição constitucional brasileira”, porém, a abrangência deste marco ultrapassa o ordenamento brasileiro e demonstra a afirmação histórico-constitucional de um modelo único de defesa e proteção dos direitos humanos na América Latina. Em suma, o grande impacto da ADPF 347 vai muito além do sistema carcerário e da situação de desrespeito de direitos humanos no Brasil, pois comprova a evolução de um modelo constitucional que não está restrito à Constituição Federal de 1988.

viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo para realização das audiências de custódia; em relação à alínea ‘h’, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar 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, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado” (STF. ADPF 347 MC/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 12 de janeiro de 2018).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional está em constante desenvolvimento e expansão dentro e fora do ordenamento jurídico brasileiro. Nesta linha, o presente trabalho exerce contribuição na formação e melhor compreensão deste objeto inerente ao estudo contemporâneo dos direitos humanos. Através de um olhar interdisciplinar, a pesquisa ultrapassou a mera descrição deste instituto, para realmente enfatizar sua ligação com outras doutrinas e teorias já usualmente utilizadas no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, do próprio direito internacional e do direito constitucional, e não haveria resultados evidentes sem a necessária utilização dos métodos ofertados pela disciplina histórica.

Tendo por parâmetro dois ordenamentos jurídicos, ligados pela utilização do ECI e por Constituições integrantes de um contexto teórico-disciplinar baseado na integração, pluralismo e evolução do Direito na concretização do objetivo primordial de defesa e proteção da dignidade da pessoa humana, foi exercida uma análise do histórico constitucional que fundamenta tais ligações. E, acima de tudo, a afirmação das raízes do Estado de Coisas Inconstitucional em Constituições integrantes de um modelo *sui generis* de constitucionalismo na América Latina.

Neste diapasão, foi afirmada a hipótese de que o ECI decorre do neoconstitucionalismo latino-americano, sendo resposta para um estado de crise jurídica e institucional. Como instrumento de proteção internacional dos direitos humanos, o estado de coisas inconstitucional, em sua natureza, tem por base imediata corresponder a uma abertura constitucional que só foi possível diante de uma forma de idealizar e realizar os preceitos constitucionais de maneira pluralística. As Cortes Constitucionais, responsáveis pelas declarações, afirmaram seu papel constitucional através de posicionamento ativista dialógico.

A análise histórica das Constituições de 1988 e 1991 foi necessária para confirmar a natureza neoconstitucionalista latino-americana destas Cartas. Ao mesmo tempo, determinou o espaço de uma crise jurídica na composição do desenvolvimento do Direito na América Latina, desenvolvimento este que tem por uma de suas finais consequências o surgimento de instrumentos como o estado de coisas inconstitucional.

Conforme a crise do paradigma westfaliano, é sentido um efeito jurídico na concepção constitucional e na própria finalidade dos instrumentos constitucionais na defesa e proteção dos direitos consolidados e reconhecidos no ordenamento interno. Crises suportadas e partilhadas por diferentes Estados, trazem por exigência soluções que integrem diferentes Estados. É neste contexto que o ECI entra no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em sua natureza a proposta de ser uma resposta para crises que envolvem diferentes nacionalidades, não tendo por restrição a soberania tal como tradicionalmente visualizada.

É nestes termos que o ECI aparece como instrumento latino-americano de combate a problemáticas de abrangência e características específicas, porém, sem pertença ou funcionalidade restrita a um determinado Estado. Não pode ser olvidada a influência de fatores que extrapolam o espaço jurídico da América Latina, tal como a jurisprudência norte-americana, porém, é no ordenamento colombiano (e posteriormente no acolhimento exercido pelo ordenamento brasileiro) que ganha real sistematização e aplicabilidade conforme os parâmetros determinados pela Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. E desta sistematização toma forma para abranger diferentes realidades latino-americanas.

O suporte para tal utilização, ou seja, uma espécie de exportação deste instrumento dentre diferentes constitucionalismos, está justamente em uma história constitucional comum. Paradoxalmente, baseado em constituições latino-americanas, o ECI ultrapassa os limites das respectivas Cartas em que declarado. Isto, fundamentalmente, por determinar-se conforme um novo modelo de constitucionalismo na América Latina. Um estado de coisas inconstitucional apenas tem espaço, até então, quando tal abertura é dada não por uma Constituição em isolado, mas por todo um conjunto de pensamentos, ideais e princípios que baseiam um modelo de constitucionalismo integrador de variadas constituições. A análise baseou-se em duas destas (Constituição brasileira de 1988 e Constituição colombiana de 1991), por melhor evidenciarem a troca proposta e acolherem duas perspectivas fundamentais para o estudo: uma declaração de ECI e a integração ao contexto do neoconstitucionalismo latino-americano.

Também foi analisada a inserção das características básicas de uma situação de estado de coisas inconstitucional sobre o primeiro caso brasileiro. O objetivo foi o de compreender os contornos deste instituto quando de sua entrada em ordenamento diverso daquele em que nasceu, ou seja, do constitucionalismo colombiano. Foram identificados todos os critérios estabelecidos tradicionalmente para um caso de declaração de ECI, principalmente conforme os contornos determinados pela decisão T-025 de 2004 da Corte Constitucional Colombiana, considerada conforme a doutrina colombiana, e decisão que refere uma das mais completas composições de Estado de Coisas Inconstitucional.

Portanto, o trabalho tomou por base uma investigação das raízes e estrutura da nascente Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, esperando viabilizar e ampliar os estudos em torno deste objeto. Em um estudo colombiano-brasileiro, foi possível constatar um contexto histórico-constitucional originalmente latino-americano para tal instituto, ou seja, tendo como base uma compreensão constitucional originalmente latino-americana, demonstrou-se que o ECI está elencado dentre os elementos de proteção e defesa dos direitos humanos no panorama da evolução do Direito na América Latina, trazendo consigo a ampliação do papel do Poder Judiciário na composição de um pacto institucional pela efetivação e proteção de direitos.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ADOVASIO, James M. **Os primeiros americanos**. Rio de Janeiro: Record, 2011.
- AGUIAR, Jórisa Danilla Nascimento. Teoria pós-colonial, estudos subalternos e América Latina: uma guinada epistemológica? **Revista Estudos Sociais**, v. 21, n. 41, Araraquara, 2016.
- ALMEIDA, Antônio Ítalo Hardman Vasconcelos; LIRA, Yulgan Tenno de Farias. Tem Futuro a audiência de custódia no Brasil. In: MENEZES, Wagner (org.). **Direito Internacional em expansão**. Vol. 6. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- ANDERSON, Wayne. **Brown v. Board of Education: the case against school segregation**. New York: The Rosen Publishing Group, 2004.
- AVRITZER, Leonardo. Democracia na América Latina: da inovação institucional ao velho problema do equilíbrio entre poderes. **Revista USP**. São Paulo: Universidade de São Paulo, n. 109, 2016.
- AZEVEDO, Francisca L. Nogueira de. Raízes da América Latina: da colonização à formação dos Estados Nacionais. In: AZEVEDO, Francisca L. Nogueira; MONTEIRO, John Manuel (orgs.). **Raízes da América Latina**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura; São Paulo: EdUSP, 1996.
- BARBOSA, Ademar Cypriano. Divisão de poderes e jurisdição constitucional direta: ressignificação do princípio e precisão conceitual da função no sistema brasileiro. **Dissertação (mestrado)**. Faculdade de Direito: UnB, Brasília, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BEJARANO, Ana María. The Constitution of 1991: an institutional evaluation seven years later. In: BERGQUIST, Charles; PEÑARANDA, Ricardo; SÁNCHEZ, Gonzalo. **Violence in Colombia, 1990-2000: waging war and negotiating peace**. SR Books: Wilmington, 2001.
- BELLO, Enzo. **A cidadania no constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

BENTIVOGLIO, Julio. Cultura política e historiografia alemã no Século XIX: a escola histórica prussiana e a *historiche zeitschrift*. **Revista de Teoria da História**. Ano 1, nº. 3, 2010.

BERNAL, Martin. A imagem da Grécia Antiga como uma ferramenta para o colonialismo e para hegemonia europeia. In: FUNARI, Pedro Paulo A. (org.). **Repensando o Mundo Antigo**. Campinas: Unicamp, 2005.

BETANCUR, Jorge Alberto Velásquez. **El pluralismo en la Constitución de 1991: análisis de las sentencias de la Corte Constitucional 1992-1993**. ITM: Medellín, 2008.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Connecticut: Yale University Press, 1986

BLOCH, Marc. **Apologia da História, ou, O ofício de historiador**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. Max Weber e Hans Kelsen. In: SANTILLÁN, José Fernández (org.). **Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BODIN, Jean. **Les Six Livres de la République**. Livre I, Chap. VIII, 1576.

BOTERO, Esther Sánchez. Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia. In: **Revista do IIDH-Interamericano de Derechos Humanos**, n. 41, 2005.

BOTTINO, Celina Beatriz Mendes de Almeida. Visão da Clínica: teoria e prática na clínica de Direitos Fundamentais da FGV Direito Rio. In: **Sistema prisional e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (orgs.). **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: EDUCS, 2014.

BRAUDEL, Ferdinand. **O mediterrâneo e o mundo mediterrâneo na época de Felipe II**. 2ª. Ed. Lisboa: Dom Quixote, 1995.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CAPIZO, Jorge. Derecho Constitucional latinoamericano y comparado. **Anuario de Derechos Humanos**. Vol. 7. Nueva Época: Madrid, 2006.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Cortes supremas e sociedade civil na América Latina: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia. **Tese (doutoramento)**. Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito, 2012.

CASELLA, Paulo Borba. ONU pós-Kelsen. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de (orgs.). **Reflexões sobre os 60 anos da ONU**. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

COLOMBIA, **Sentencia de Tutela 153 de 1998**. Relatoria: Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em 13 de janeiro de 2018.

CHAVES, Vitor Pinto. Justiça social como reconhecimento e democracia deliberativa: estudo sobre garantias procedimentais de participação na gestão e de controle social como instrumentos para uma nova leitura e para (re) construção de alternativas institucionais de concretização do direito constitucional à assistência social no Brasil. **Dissertação (Mestrado em Direito)**. Faculdade de Direito: UnB, Brasília, 2008.

CHEVALIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973.

COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter (orgs.). **Novas perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina: o direito e o pensamento decolonial**. Florianópolis: Fundação Boitex, 2012.

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. 1991. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>. Acesso em 03/04/2017.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia número T-254/94, de 30 de mayo de 1994. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.html>. Acesso em 03/04/2017.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia número T-606, de 2001. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-606-01.htm>. Acesso em 26/05/2017.

COLOMBIA. Tratado de Neerlandia, de 24 de octubre de 1902. In: MEDINA, Medófilo; SÁNCHEZ, Efraín. **Tiempos de paz: acuerdos en Colombia, 1902-1994**. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2003.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado: introdução ao direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA E SILVA, Alberto (coord.). **Crise Colonial e Independência (1808-1830)**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2011.

COSTA, Marco Antônio Moreira da. Novos instrumentos do ativismo judicial: jurisprudência cruzada, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo. **Tese (doutorado)**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP), 2016.

CRACCO. Rodrigo Bianchini. A longa duração e as estruturas temporais em Fernand Braudel: de sua tese *O Mediterrâneo e o Mundo Mediterrâneo na Época de Felipe II* até o artigo *História e Ciências Sociais: A longa duração* (1949-1958). **Dissertação (mestrado)**. Faculdade de Ciências e Letras de Assis – Programa de Mestrado em História. São Paulo: UNESP, 2009.

CUNHA, Alexandre Luna da; COUTO, Mônica Bonetti. Transformações do Estado, Novos Rumos para a Tutela Jurisdicional e a Proteção dos Direitos fundamentais: do legalismo ao ativismo. **Prim@ Facie**, v. 16, n. 31, PPGCJ/UFPB: João Pessoa, 2017.

CUNHA, Marina Procópio Rodrigues da. **Dissertação (mestrado)**. Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em História: Brasília, 2014.

DALMAU, Rúben Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución del Ecuador. **Alter Justicia**, n. 1, Guayaquil, 2008.

DANDLER, Jorge. Povos indígenas e Estado de Direito na América Latina: eles têm alguma chance. In: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo., PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). **Democracia, violência e injustiça: o Não-Estado de direito na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, Direitos Fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. v. 9, n. 2, Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRN: Natal, 2016.

DAWSON, Christopher. **A Divisão da Cristandade: da reforma protestante à era do iluminismo**. São Paulo: É Realizações, 2010.

DONGHI, Tulio Halperín. **The Contemporary History of Latin America**. London: The Macmillan Press, 1993.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

ENDERLE, Rubens. O jovem Marx e o manifesto filosófico da escola história do Direito. **Revista Crítica Marxista**. UNICAMP: Campinas, 2005.

ESQUIROL, Jorge L. **Ficções do direito latino-americano**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena em las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: BERRAONDO, Mikel (Coord.). **Pueblos indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZZO, Débora. Pluralismo jurídico e descolonização constitucional na América Latina. **Dissertação (mestrado)**. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito: Florianópolis, 2015.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. Historia y razón del paradigma westfaliano. Madrid: **Revista de Estudios Políticos**, 2006.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**. Vol. 91, 1993.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 12, nº. 1, 2015.

GARAVITO, Cesar Rodriguez; FRANCO, Diana Rodriguez. **Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

GARAVITO, Cesar Rodriguez. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. vol. 89. Texas: **Texas Law Review**, 2011.

GARAVITO, Cesar Rodriguez. Más allá del desplazamiento, o como superar un Estado de Cosas Inconstitucional. In: GARAVITO, Cesar Rodriguez; GUATAQUÍ, Juan Carlos. **Más Allá del Desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2009.

GARAVITO, Cesar Rodriguez; SEPÚLVEDA, Magdalena. La Corte Constitucional y su contribución a la justicia social. In: MALCOLM, Langford (coord.). **Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales: tendencias emergentes en el Derecho internacional y comparado**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2013.

GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Derecho a falta de democracia: la juridización del régimen político colombiano. **Análisis Político**. nº. 82, Bogotá, 2014.

GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo latino-americano: a necessidade prioritária de uma reforma política. 2014. Disponível em: <http://www.plebiscitoconstituente.org.br/sites/default/files/material/Livro%20Juridico%20Constituente%20Exclusiva%202014.pdf>. Acesso em 26/05/2017.

GARGARELLA, Roberto. Latin America constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution. New York: Oxford University Press, 2013.

GIBSON, Charles. As sociedades indígenas sob o domínio espanhol. In: BETHELL, Leslie (org.). **História da América Latina**. Vol. II (América Latina Colonial). São Paulo: EdUSP; Brasília: FUNAG, 2004.

GIL, Ricardo Zuluaga. Historia del constitucionalismo en Colombia: una introducción. **Estudios de Derecho**, Vol. LXXI, nº. 157. Universidad de Antioquia: Medellín, junio 2014.

GITLIN, Marty. **Brown v. the Board of Education**. Minnesota: ABDO Publishing Company, 2008.

GODOY, Miguel Gualano. Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. **Tese (doutorado)**. Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito: Curitiba, 2015.

GONZÁLEZ, Edgar Solano. La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional colombiana. **XII Jornadas Lascasianas Internacionales**. Ciudad de México: UNAM, 2002.

GROSS, Leo. The Peace of Westphalia, 1646-1948. **The American Journal of International Law**. Vol. 42, nº. 1, jan. 1948.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HASSAN, Viridiana Molinares. Guerra irregular y constitución: garantismo judicial de la Corte Constitucional Colombiana. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. Núm. 29, 2013.

HERNANDÉZ, Jorge Andrés. La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos: el fracaso del consenso constitucional. **Revista Colombia Internacional**. Vol. 79. Universidad de los Andes: Bogotá, 2013.

HERNANDÉZ, Clara Inés Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado ‘Estado de cosas inconstitucional’. **Estudios Constitucionales**, vol. 1, nº. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile: Santiago, 2003.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã ou materia, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Editora Abril, 1974.

HUNT, Lynn. **A Nova História Cultural**. 2ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ITURRALDE, Diego A. Reclamo e reconhecimento del derecho indígena en América Latina: logros, limites y perspectivas. **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, vol. 41, 2005.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado; PORTO, Matheus Macedo Lima. A dignidade da pessoa humana e o estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo latino-americano. **Teoria Jurídica Contemporânea**. Rio de Janeiro: PPGD/UFRJ, 2017.

JENKINS, Keith. **A história repensada**. 3ª. Ed. São Paulo: Contexto, 2007.

LAFER, Celso. **A identidade internacional do Brasil e a política externa brasileira: passado, presente e futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento e direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

LAPA, Fernanda Brandão. **Clínica de Direitos Humanos: uma alternativa de formação em Direitos Humanos para cursos jurídicos no Brasil**. Orientador: Profª. Dra. Mitsuko Aparecida Makino Antunes. Tese (doutorado) apresentada – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2014.

LEAL, Rogério Gesta; PAVÃO, Fábio Biasi. Regras de ponderação de Robert Alexy e reflexões sobre a dupla dimensão dos direitos humanos em análise de conflito de direitos em caso concreto de infanticídio em aldeias indígenas. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. V. 1, n. 2, Belo Horizonte, 2015.

LEITE, Mariana Marise Fernandes. A morte sob a ótica do mito na constituição de Macondo. **Tese (doutoramento)**. Universidade do Federal do Espírito Santo: Vitória, 2015.

KALLAS, Fernanda Marcos. L'importance du multiculturalisme dans les constitutions des États Latins et l'aboutissement d'un nouveau constitutionalisme. **Panorama of Brazilian Law**, vol. 3, n. 3, Rio de Janeiro, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **Formação do conceito de soberania: história de um paradoxo**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALDONADO, Daniel Bonilla. **La Constitución multicultural**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes – Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2006.

MÁRQUEZ, Gabriel García. **Ninguém escreve ao Coronel**. 10ª. Ed. Rio de Janeiro:

MÁRQUEZ, Gabriel García. **Cem anos de solidão**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007.

MARTINS, Camila Ragonezi. O novo constitucionalismo latino-americano e a superação do modelo moderno/colonial de apropriação e desapropriação agrária. **Dissertação (mestrado)**. Universidade Federal Goiás. Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário: Goiás, 2015.

MARTINS, Rui Cunha. Interconstitucionalidade e historicidade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org). **Tempo e Historicidades**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MELO, Rúrion Soares. O uso público da razão como procedimento: pluralismo, discurso e democracia em Habermas. São Paulo. USP: **Dissertação de mestrado**, 2014.

MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo, USP: **Tese de doutorado**, 2008.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOJICA, Beatriz Sánchez. Las justicias indígenas en la Constitución colombiana. **Papeles**. nº. 77. Universidad Antonio Nariño: Bogotá, 2002.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORSE, Richard. **O espelho de Próspero: cultura e ideias nas Américas**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

- MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox**. New York: Verso, 2000.
- NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. **Pluralismo político**. Curitiba: Juruá, 2006.
- OLAYA, Mónica Arango. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. **Revista Jurídica Precedente – anuario jurídico**. Universidad ICESI: Cali, 2004.
- OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa. Controle da omissão estatal em direitos fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção. **Dissertação (mestrado)**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013
- OLIVEIRA, Elza Regis de. **Teoria, História e Memória**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012.
- OLIVEIRA, Luciano. Não falei do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, ps. 137-167.
- PAES, José Eduardo Sabo; SANTOS, Júlio Edstron Secundino. STF x CIDH: ecos de uma crise do Estado e do próprio Direito. **Revista Meritum**. v. 10, n. 1. Belo Horizonte, 2015.
- PAIM, Maria Júlia Pinheiro. Do protagonismo judicial à abertura dialógica: a provisoriedade da “última palavra”. **VirtuaJus**. v. 13, n. 1. Belo Horizonte, 2017.
- PAIVA, Caio; HEEMAN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. Manaus: Editora Dizer o Direito, 2015.
- PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latino-americano. **Gaceta constitucional**, v. 48, 2011.
- PEREIRA, Bruno Ramos. Uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006). **Dissertação (mestrado)**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Benhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. O Estado de Direito e os não-privilegiados na América Latina. In: MÉNDEZ, Juan E.; O’DONNELL, Guillermo., PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). **Democracia, violência e injustiça: o Não-Estado de direito na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- PRADO, Maria Lígia; PELLEGRINO, Gabriela. **História da América Latina**. São Paulo: Contexto, 2016.
- QUINCHE RAMIRÉZ, Manuel Fernando. **Derecho Constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas**. 3º. Ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- QUINCHE RAMIRÉZ, Manuel Fernando. **Reforma Política y Referendo en Colombia**: dentro del proceso de reformas de la Constitución de 1991. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2004.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

REGO, George Browne. Uma introdução à História do Direito. In: FREITAS, RICARDO; SALDANHA, Nelson; BRANDÃO (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. A teoria da interconstitucionalidade: uma análise com base na América Latina. **Revista de Direito Internacional**. Brasília: UNICEUB, v. 12, n.2, 2015.

ROBLES, Gregorio. **O Direito como Texto: quatro estudos de Teoria Comunicacional do Direito**. Barueri: Manole, 2005.

RODRIGUES, Saulo Tarso; MARTÍN, Núria Beloso. Do pós-moderno ao pós-colonial: o constitucionalismo latino-americano e novas intersubjetividades coletivas. Uma desconstrução dos discursos hegemônicos no direito a partir da ética do outro. **Juris (Revista da Faculdade de Direito)**. N. 20, Rio Grande: FURG, 2013.

ROMANCINI, Malu. A teoria da interconstitucionalidade e sua aplicação na América Latina. In: MENEZES, Wagner. **Direito Internacional em Expansão**. vol. 6. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

RUBIO, David Sánchez. Pluralismo jurídico e emancipação social. In: WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco; LIXA, Ivone M (orgs.). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAID, Edward Wadie. **Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Between Prospero and Caliban: colonialism, postcolonialism, and inter-identity. **Luso-Brazilian Review**, vol. 39, n. 2, Wisconsin, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos Direitos Humanos. **Contexto Internacional**. Rio de Janeiro, vol. 23, nº. 1, janeiro/junho 2001.

SANTOS, Silvia Urmila Almeida. Invenção e fantasia sobre a modernidade em Cem anos de solidão e Ninguém escreve ao coronel, de Gabriel García Márquez. **Dissertação (Mestrado em Literatura)**. Universidade de Brasília: Brasília, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mark Tushnet e as assim chamadas dimensões (“gerações”) dos direitos humanos e fundamentais: breves notas. **Journal of Institutional Studies**. Vol. 2, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SEMPER, Frank. Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

SEVCENKO, Nicolau. **O Renascimento**. 16ª. Ed. São Paulo: Atual, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Internacional Positivo**. 35ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SOUSA, Adriano Corrêa de. A emancipação como objetivo central do novo constitucionalismo latino-americano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (orgs.). **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: EDUCS, 2014.

SOUSA, José Ricardo. A interconstitucionalidade como sistema propulsor de uma identidade europeia. **Análise Europeia**. Lisboa: Associação Portuguesa de Estudos Europeus, 2016.

SOUZA, Rubin Assis da Silveira. A irrelevância do conceito de soberania para Hans Kelsen. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v. 11, n. 2, 2016.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lênio. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, ano. 32, n. 97, 2005.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Novo constitucionalismo democrático latino americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**. Vol. 38, n. 01, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América: a questão do outro**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

TORRES, Diana Fernanda Mora. Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena. **Trabajo de grado para optar al título de abogada**. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2003.

VALENCIA, Adrián Sotelo. **América Latina: de crisis y paradigmas: la teoría de la dependencia en el siglo XXI**. Ciudad de México: Plaza y Valdés, 2005.

VARGAS, Sorilly Carolina Figuera. **Jurisdicción especial indígena en Latinoamérica: una referencia específica al sistema jurídico**. Barranquilla: Editorial Universidad del Norte; Grupo Editorial Ibáñez, 2015.

VELIZ, Claudio. **The centralista tradition of Latin America**. Princeton: Princeton University Press, 1980.

VIEIRA, Ana Carolina Alfinito; PINTO, Gabriel Nascimento. A defesa dos direitos fundamentais em sociedades multiculturais: uma análise do pluralismo normativo na Colômbia. Santa Catarina: **UFSC**, 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/33479-43180-1-PB.pdf>.

VIEIRA, José Ribas; SOUZA, Rafael Bezerra de. A colonialidade global e o constitucionalismo latino-americano. In: SILVA, Artur Stamford da; MELLO, Marcelo

Pereira de; PIRES, Carolina Leal (orgs.). **Anais do IV Congresso do Encontro de Pesquisa do Moinho Jurídico: sociologia do direito em perspectiva**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2013.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. O constitucionalismo no cenário pós-nacional: as implicações constitucionais da mundialização e a busca por fontes alternativas de legitimidade. **Tese (doutorado)**. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012.

VIEIRA JÚNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2015.

VISACRO, Alessandro. **Guerra Irregular: terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história**. 1ª. Ed. São Paulo: Contexto, 2009.

WARAT, Luís Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. **Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional**. Curitiba: ABDConstit., 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco; LIXA, Ivone M (orgs.). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. **Revista Jurídica Unicuritiba**. V. 2, n. 31, Curitiba, 2013b.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013c.

WOLKMER, Antônio Carlos. Repensando a questão da historicidade do Estado e do Direito na América Latina. **Panóptica**. Ano. 1, n. 4. Vitória, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. O novo direito à água no Constitucionalismo da América Latina. **Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis**. Vol. 9, n. 01. Florianópolis. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/.../interthesis/...1807-1384.2012v9n1p51>. Acesso em 17 de setembro de 2017.

UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. The Constitutional Court and social emancipation in Colombia. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (ed.). **Democratizing democracy: beyond the liberal democratic canon**. 2005. Disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Chapter%203\(1\).pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Chapter%203(1).pdf). Acesso em 20/03/2017.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; GARCÍA-VILLEGAS, Maurício (eds.). **El caleidoscopio de las justicias en Colombia**. Bogotá: Siglo del Hombre – UNIANDES, 2001.

YASUAKI, Onuma. **A Transcivilizational Perspective on International Law**. Boston: Martinus Nijhoff, 2010.

ZOLO, Danilo. **Globalização: um mapa dos problemas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.