

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INOVAÇÃO

Pietra Cestaro Cruz de Araujo

Diálogos Interinstitucionais no contexto da pandemia da covid-19: a atuação da Corte
Constitucional Colombiana na proteção e efetivação do direito à saúde

Juiz de Fora
2025

Pietra Cestaro Cruz de Araujo

**Diálogos Interinstitucionais no contexto da pandemia da covid-19: a atuação da Corte
Constitucional Colombiana na proteção e efetivação do direito à saúde**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Juiz de Fora para
obtenção do título de Mestre em Direito pelo
Programa de Pós-graduação em Direito e
Inovação. Área de concentração: Direitos
Humanos, Pessoa e Desenvolvimento.

Orientador: Professor Doutor Wagner Silveira Rezende

Juiz de Fora

2025

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Araujo, Pietra Cestaro Cruz de.

Diálogos Interinstitucionais no contexto da pandemia da COVID-19 : a atuação da Corte Constitucional Colombiana na proteção e efetivação do direito à saúde / Pietra Cestaro Cruz de Araujo. -- 2025.
95 f.

Orientador: Wagner Silveira Rezende

Dissertação (mestrado acadêmico) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2025.

1. diálogos interinstitucionais. 2. covid-19. 3. direito à saúde. 4. Corte Constitucional Colombiana. 5. judicialização. I. Rezende, Wagner Silveira , orient. II. Título.

Diálogos Interinstitucionais no contexto da pandemia da covid-19: a atuação da Corte Constitucional Colombiana na proteção e efetivação do direito à saúde

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito e Inovação

Aprovada em 22 dias do mês de abril de 2025.

BANCA EXAMINADORA

Wagner Silveira Rezende - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Joana de Souza Machado
Universidade Federal de Juiz de Fora

Marcelo Tadeu Baumann Burgos
PUC Rio de Janeiro

Juiz de Fora, 16/04/2025.



Documento assinado eletronicamente por **Wagner Silveira Rezende, Professor(a)**, em 23/04/2025, às 10:13, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Joana de Souza Machado, Professor(a)**, em 25/04/2025, às 23:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Marcelo Tadeu Baumann Burgos, Usuário Externo**, em 28/04/2025, às 14:04, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Pietra Cestaro Cruz de Araujo, Usuário Externo**, em 06/05/2025, às 09:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no Portal do SEI-Ufjf (www2.ufjf.br/SEI) através do ícone Conferência de Documentos, informando o código verificador **2354519** e o código CRC **A68B86D3**.

Às mulheres de minha alma: à minha mãe, por ser a principal razão de eu ter chegado até aqui; à Tia Bruna por ser a minha inspiração hoje e sempre; à Vovó Lili, por ser meu porto seguro e à Maya, por ser a razão de eu prosseguir.

AGRADECIMENTOS

À tia Bruna, que foi e sempre será a minha maior inspiração. Foi te observando que cheguei até aqui!

À minha mãe. Foi com a força do seu amor que cheguei até aqui, e foi com a sua confiança em mim que pude acreditar que posso ser o que quiser!

À minha irmã Maya. Foi por você que persisti e continuei! Espero ser pra você ao menos metade do exemplo que sua mãe foi pra mim!

À minha vovó Lili. Foi com o seu exemplo de resiliência e força que encontrei a motivação para continuar e seguir em frente!

Ao meu pai. Foram com os seus ensinamentos e com o seu amor que tive disciplina e determinação para conquistar meus sonhos.

À tia Laura, pois sem você teria me perdido no meio do caminho!

O processo de pesquisa é coletivo, e se constrói através do aprendizado e das contribuições de muitos! Por isso, agradeço primeiramente ao meu orientador professor Wagner, que acreditou em mim e me deu a coragem para prosseguir nessa pesquisa!

Agradeço também ao grupo de pesquisa do qual fiz parte e por meio do qual nasceu essa dissertação. O grupo “Diálogos Interinstitucionais na pandemia: análise de realidades distintas”, coordenado e criado pela querida e inspiradora Prof. Dra. Claudia Toledo e orientado também pelos professores doutores Wagner Rezende, Waleska Rosa, Joana Machado e Luciana Duarte, permitiu que essa dissertação nascesse! Sem a contribuição e ajuda de meus colegas pesquisadores e a orientação dos nossos estimados professores essa pesquisa não existiria! Me sinto sortuda e grata por ter feito parte dessa coletividade e ter aprendido tanto com todos!

E, por último, a mim, pela minha força e coragem de continuar e ir atrás dos meus sonhos!

É apenas o início da jornada, mas vocês sempre estiveram comigo. Sou grata!

A parteira me passou uma tesoura, cortei o cordão umbilical e Andrea iniciou o seu destino separada de sua mãe. De onde vem esta menina? Onde estava, antes de germinar no ventre de Célia? Tenho que fazer mil perguntas para ela, mas receio que quando consiga me responder já tenha esquecido como era o céu...Silêncio antes de nascer, silêncio depois da morte, a vida é puro ruído entre dois silêncios insondáveis (Allende, 2024).

“Diga-me, o que pretende fazer com sua única vida selvagem e preciosa?” (Oliver, 1990).

RESUMO

A presente pesquisa pretende analisar as sentenças proferidas pela Corte Constitucional Colombiana dentro do contexto da pandemia da covid-19, com o objetivo de verificar a existência de relação dialógica entre os poderes, em busca da efetivação e proteção de direitos fundamentais, em especial, o direito à saúde. Por meio da análise documental e da pesquisa empírico-jurisprudencial, tendo como marco teórico os estudos de Christine Bateup sobre a teoria dos diálogos interinstitucionais, os estudos de Tom Ginsburg e Mila Versteeg sobre a atuação dos poderes emergenciais na pandemia e as teorias da Argumentação Jurídica e dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, serão estudadas a criação e a atuação da Corte Constitucional Colombiana, para compreender seu comportamento paradigmático por meio do exercício do controle de constitucionalidade de leis e decretos. Assim, será estudada a judicialização da política e da saúde na Colômbia, bem como as peculiaridades da proteção e efetivação do direito à saúde no país sul-americano. A hipótese é a de que as diversas formas de diálogos surgem como uma possibilidade de permitir a construção conjunta de meios mais efetivos de proteção dos direitos fundamentais no contexto pandêmico, sem que haja a sobreposição de um poder sobre o outro, e de forma a enriquecer a argumentação das decisões analisadas. Após a coleta de dados por meio da pesquisa empírica, será observado que, apesar de ter sido identificada a presença de diálogos, há ainda a necessidade de que o Estado colombiano fortaleça e aprofunde mais a construção dialógica de decisões em matéria constitucional.

Palavras-chave: diálogos interinstitucionais. covid-19. direito à saúde. Corte Constitucional Colombiana. judicialização.

ABSTRACT

This research aims to analyze the decisions of the Colombian Constitutional Court within the context of the covid-19 pandemic, aiming to verify the existence of a dialogical relationship between the powers, in search of the enforcement and protection of the fundamental rights, in particular, the right to health. Through document analysis and empirical-jurisprudential research, having as a theoretical framework the studies of Christine Bateup on the theory of interinstitutional dialogues, the studies of Tom Ginsburg and Mila Versteeg on the performance of emergency powers in the pandemic and the theories of Legal Argumentation and Fundamental Rights of Robert Alexy, the creation and performance of the Colombian Constitutional Court will be studied, in order to understand its paradigmatic behavior through the exercise of the judicial review. Thus, will be studied the judicialization of politics and health in Colombia, as well as the peculiarities of the protection and enforcement of the right to health in the south-american country. The hypothesis is that the various forms of dialogue emerge as a possibility to allow the joint construction of more effective means of protecting fundamental rights in the pandemic context, with no power overlapping the other, and in order to enrich the arguments of the decisions analyzed. After collecting data through empirical research, will be noted that, despite the presence of dialogues having been identified, there is still a need for the Colombian State to strengthen and further deepen the dialogical construction of decisions on constitutional matters.

Keywords: interinstitutional dialogues. covid-19. right to health. Colombian Constitutional Court. judicialization.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	– Argumentos coletados.....	78
Tabela 2	– Análise das formas de atuação dos poderes e das interações dialógicas com base na totalidade de decisões analisadas.....	79

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANC	Asamblea Nacional Constituyente
ELN	Exército de Libertação Nacional
FARC	Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
UGP	Posto de Comando Unificado
SGSSS	Sistema General de Seguridad Social en Salud
STF	Superior Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A NECESSIDADE DA ATUAÇÃO DIALÓGICA ENTRE PODERES.....	14
2.1	A ATUAÇÃO DOS PODERES EMERGENCIAIS DURANTE A PANDEMIA.....	22
2.2	A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.....	27
2.3	A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY.....	30
3	A CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: CRIAÇÃO, ATRIBUIÇÕES E O DIREITO À SAÚDE.....	35
3.1	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COLOMBIANO.....	39
3.2	A CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E SUAS ATRIBUIÇÕES SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO DE 1991.....	41
3.3	A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA COLÔMBIA.....	45
3.4	A CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À SAÚDE.....	50
4	O IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NAS DECISÕES DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.....	58
4.1	AS DECISÕES DA CORTE CONSTITUCIONAL DURANTE A PANDEMIA: CRITÉRIOS, OBJETIVOS, METODOLOGIA E RESULTADOS.....	62
4.2	CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RESULTADOS ENCONTRADOS.....	80
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	87
	REFERÊNCIAS.....	89

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo, analisamos as sentenças proferidas pela Corte Constitucional Colombiana dentro do contexto da pandemia da covid-19, tendo como objetivo principal verificar a existência de relação dialógica entre os poderes em busca da efetivação e proteção de direitos fundamentais, principalmente, o direito à saúde¹. Para isso, nos pautamos metodologicamente, primariamente, na análise documental, por meio da realização de pesquisas bibliográficas da literatura encontrada sobre diálogos interinstitucionais, sobre a Corte Constitucional Colombiana e o direito à saúde.

Adotamos como marco teórico os estudos da pesquisadora Christine Bateup sobre a teoria dos diálogos interinstitucionais², a qual defende a necessidade de conversação dialógica entre as Cortes, os demais poderes e, até mesmo, a sociedade civil, compreendendo que o conhecimento em matéria constitucional não deveria ser monopólio das Cortes (2006). Também nos apoiamos nos estudos desenvolvidos pelos pesquisadores Tom Ginsburg e Mila Versteeg³ sobre a atuação dos poderes emergenciais na pandemia, em especial, na análise da atuação do Poder Executivo em diversos países a fim de constatar se este excedeu – ou não – seus limites democraticamente estabelecidos e, consequentemente, no estudo do funcionamento do sistema de freios e contrapesos durante o período emergencial (2020).

Além disso, nos pautamos na Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy⁴ para compreender os mecanismos de fundamentação das decisões analisadas e os argumentos utilizados pelos magistrados, de forma a perceber a incidência de argumentos do discurso prático geral e do discurso jurídico e, consequentemente, verificar a presença de diálogos entre diversas áreas da ciência para compor a argumentação da sentença (2011). Tal análise é

¹ A presente pesquisa surgiu a partir de uma pesquisa mais ampla realizada por grupo de pesquisa na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e denominada “Diálogos Interinstitucionais no contexto da pandemia da covid-19: estudo comparativo em distintas realidades”. A pesquisa foi coordenada pela profa. Dra. Cláudia Toledo (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora), e foi realizada pelos professores - também da Universidade Federal de Juiz de Fora – Dra. Joana Machado, Dra. Luciana Duarte, Dra. Waleska Rosa e Dr. Wagner Rezende. Foram analisados os contextos da Alemanha, Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Estados Unidos e Portugal durante a pandemia da covid-19.

² BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, n. 3, 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>. Acesso em: 9 fev. 2025.

³ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic*. 2020. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52, U of Chicago, Public Law Working Paper No. 747. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3608974>. Acesso em: 15 fev. 2025.

⁴ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

essencial para identificarmos o tipo de argumento utilizado pela Corte e o que isso significa no panorama do contexto analisado por nós.

Por último, nos apoiamos teoricamente na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy⁵, compreendendo as diferenças entre princípios e regras e, por meio disso, os mecanismos da máxima da proporcionalidade para que, posteriormente, identifiquemos sua presença nas decisões analisadas, tendo em mente que, tratando-se de direito à saúde, o sopesamento de princípios pode se tornar inevitável. Subsequentemente, constatamos se, de fato, tal sopesamento foi exercido pelos magistrados.

Ainda, realizamos uma pesquisa empírico-jurisprudencial a partir da análise das sentenças proferidas pela Corte Constitucional Colombiana dentro do recorte temporal estabelecido de 01/07/2020 a 01/07/2024, a ser elucidado de forma detalhada no capítulo 4. Por meio da presente pesquisa e, com base em nosso estudo bibliográfico e nos marcos teóricos acima explicitados, pretendemos constatar a presença – ou não – de diálogos entre os poderes e em que medida estes foram aplicados, analisando a sua efetividade e a necessidade ou não de sua ampliação. Além disso, analisamos se a atuação da Corte de fato ultrapassou os seus limites constitucionalmente estabelecidos.

Nossa hipótese é a de que os diálogos interinstitucionais são uma forma efetiva de impedir que a atuação de um poder se sobreponha ao outro, enriquecendo o discurso argumentativo das decisões proferidas pelo poder judiciário e se manifestando como uma forma de proteção dos direitos no período pandêmico, já que se beneficia da atuação dos demais poderes e da sociedade civil, sem que, para isso, o judiciário incida em um certo ativismo judicial, a ser explicado com mais detalhes no capítulo 3.

Com isso, nossa pesquisa é dividida em dois capítulos teóricos e um capítulo empírico, seguidos das nossas considerações finais. O capítulo 2 se aprofunda nos marcos teóricos utilizados de apoio, em que são analisados os diálogos em matéria constitucional; a atuação dos poderes emergenciais durante a pandemia; a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

O capítulo 3 analisa a história da justiça constitucional colombiana durante o século XX, que culminou com a criação da Corte Constitucional Colombiana em 1991, prosseguindo para a análise das funções constitucionais da Corte e sua atuação. Em seguida, no mesmo capítulo,

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

é analisado como se dão o controle de constitucionalidade e a judicialização da política na Colômbia, estabelecendo-se um breve paralelo com a judicialização no Brasil e, por fim, as especificidades da proteção ao direito à saúde nesse país.

O capítulo 4 apresenta os resultados coletados por meio da pesquisa empírica realizada, com uma breve análise dos dados sobre a pandemia na Colômbia. Em seguida, apresentamos as nossas considerações sobre os dados coletados e o que isso significa em relação à nossa hipótese e ao nosso objeto de pesquisa. Por último, são apresentadas nossas considerações finais sobre a presente pesquisa.

Destacamos que a escolha do país sul-americano para protagonizar nossa pesquisa veio de um desejo do estudo do comportamento constitucional na América Latina e da nossa crença de que diálogos são uma forma efetiva de proteger direitos humanos, sendo a Colômbia, enquanto país vizinho ao nosso, um paradigma no que se refere à atuação do seu Tribunal Constitucional e, por isso, um caso de estudo de grande interesse para verificarmos se de fato existe um constitucionalismo dialógico em construção.

O enfoque no direito à saúde, enquanto direito humano e universal, é uma escolha que busca compreender que um Estado que peca em proteger seus direitos mais básicos e necessários, peca em se tornar um Estado de Direito igualitário em sua completude. Tal direito se torna um bom exemplo das necessidades fundamentais da população e da responsabilidade conjunta e dialógica dos poderes que compõem uma democracia e como, em momentos difíceis e emergenciais, o sopesamento de princípios se tornará a única alternativa viável de proteger a população.

A presente pesquisa surge da nossa crença de que os estudos dos direitos humanos através de diferentes realidades e contextos, considerando a pluralidade jurídica na qual estamos inseridos, é essencial para a efetivação de justiça social e igualdade, pressupostos de uma democracia efetiva.

2 A NECESSIDADE DA ATUAÇÃO DIALÓGICA ENTRE PODERES

O presente trabalho tem como escopo analisar o controle judicial e de constitucionalidade exercido pela Corte Constitucional Colombiana nas sentenças proferidas durante a pandemia do COVID-19 e, conseqüentemente, a efetivação do direito à saúde como direito fundamental a ser protegido. Contudo, para procedermos com a análise das decisões em si, é necessário debruçarmo-nos na teoria de diálogos interinstitucionais, aprofundada por Christine Bateup.

A autora enfatiza, em sua pesquisa sobre “A Promessa Dialógica”⁶, que o “diálogo” vem sendo utilizado para descrever a natureza das interações entre o judiciário e os ramos políticos de um governo, especificamente no que se refere à interpretação de direitos constitucionais (2006, p. 1109). Diante disso, sugere que as teorias dialógicas partem do pressuposto de que o judiciário não deveria e não possui o monopólio das interpretações constitucionais. Assim, a autora aponta que, ao realizarem o controle judicial e o controle de constitucionalidade, as cortes envolvem-se em uma conversação dialógica interativa e interconectada sobre as possíveis interpretações constitucionais (2006, p. 1109).

A partir daí, podemos traçar um paralelo inicial entre as conclusões de Bateup e o presente estudo. Como indicado, pretendemos analisar a forma de atuação da Corte Constitucional Colombiana durante a pandemia, ou seja, o controle exercido por ela em relação a decretos e atos administrativos dos demais poderes durante esse período emergencial.

Veremos mais adiante em nosso estudo que a Corte Constitucional possui uma atuação paradigmática no contexto colombiano, possuindo um comportamento protagonista perante os demais poderes. Analisaremos no próximo capítulo algumas teorias sobre a razão de ser desse comportamento da Corte. Por ora, é necessário destacar, ao nosso entendimento, que a própria construção das sentenças da Corte e as regras constitucionais estabelecidas dão abertura à possibilidade do exercício dialógico da interpretação constitucional. Isso porque, além da necessária intervenção do Procurador Geral da Nação, presente em todas as decisões analisadas no presente trabalho, e tornada obrigatória pela Constituição Colombiana em seu artigo 242, o sistema legal colombiano abre espaço para intervenções cidadãs e políticas em suas decisões, possibilitando que grupos, organizações, universidades, pessoas e órgãos políticos intervenham

⁶ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, n. 3, 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>. Acesso em: 9 fev. 2025.

e apresentem sugestões sobre a constitucionalidade das leis e dos decretos analisados. Veremos, inclusive, a relevância que a Corte julgadora dá às intervenções realizadas pelos mais diversos grupos, perpassando os pontos de fricção e apresentando contra-argumentos às potenciais alegações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um artigo.

Assim, um dos grandes questionamentos que motivam Bateup em seus estudos sobre as teorias dialógicas mais promissoras é se as teorias do diálogo constitucional são capazes de efetivarem seu objetivo de resolver a objeção democrática ao controle judicial (2006, p. 1111).

A pesquisadora aponta que as teorias de diálogo têm como foco o processo institucional por meio do qual as decisões sobre o significado constitucional são tomadas, sugerindo que esse processo envolve a elaboração compartilhada do significado constitucional entre o judiciário e outros atores. Devido ao reconhecimento do papel essencial que atores não judiciais possuem na interpretação constitucional, entende-se que essas teorias têm o potencial de solucionar as preocupações sobre o poder contramajoritário existentes no processo de controle, especificamente no que se refere às preocupações de que o controle de constitucionalidade inevitavelmente coloca os juízes contra os ramos eleitoralmente responsáveis, já que impossibilita que esses ramos políticos sejam capazes de responder às decisões judiciais com as quais eles discordam (Bateup, 2006, p. 1118).

Com isso, a autora objetiva demonstrar que as teorias mais promissoras são aquelas que combinam o “equilíbrio” e a “parceria” no diálogo constitucional. Enquanto as teorias do equilíbrio focam na capacidade do judiciário de facilitar o diálogo constitucional na sociedade como um todo, as teorias da parceria destinam seu foco às mais distintas funções “judiciais” e “legislativas” que os diferentes ramos do governo exercem respectivamente (Bateup, 2006, p. 1112). Bateup aponta que o potencial normativo dessas teorias surge da capacidade de fornecer explicações atraentes do papel judicial que não privilegiam a atuação dos juízes. A fusão entre essas duas teorias permite o surgimento de uma visão que efetivamente considera os diferentes papéis que os vários participantes podem exercer na construção do significado constitucional, bem como permite uma compreensão mais abrangente dos diversos aspectos institucionais e sociais do diálogo constitucional (2006, p. 1112).

Nesse ponto, a autora indica dois tipos de teorias opostas do espectro das teorias dialógicas, quais sejam as “teorias prescritivas” e as “teorias positivas”. As teorias mais prescritivas falham porque não estão suficientemente baseadas em como o controle judicial de fato opera no mundo real, ou seja, ainda que elas ofereçam uma explicação atraente sobre como

o poder judiciário deveria atuar em circunstâncias ideais, em última análise, elas não conseguem fornecer um relato normativo verdadeiramente convincente sobre o papel da revisão judicial, pois suas prescrições estão muito afastadas da realidade da prática judicial dentro da ordem constitucional mais ampla (2006, p. 1121-1122).

Por outro lado, as teorias mais positivas não possuem o problema acima explicitado, porém, elas falham ao não fornecer uma abordagem normativa convincente do que o controle judicial deve realizar na sociedade moderna. Essas teorias baseiam-se nas ideias de que as decisões judiciais sobre o sentido constitucional não são definitivas, e que os ramos políticos do governo e outros atores sociais estão profundamente engajados em responder às questões constitucionais. Contudo, reconhecer que atores não-judiciais assumem um papel legítimo na interpretação constitucional exige que os teóricos justifiquem o porquê do envolvimento dos juízes nessa tarefa. E é nesse ponto que a maioria dessas teorias falham, pois elas não são capazes de justificar satisfatoriamente o papel especial do judiciário ou a contribuição que os juízes podem trazer ao diálogo constitucional que justifique o valor normativo do controle judicial (Bateup, 2006, p. 1122).

É interessante perceber que o sucesso das teorias de diálogo na resolução de preocupações sobre o poder contramajoritário excessivo vai variar de acordo com se o papel do judiciário nas decisões judiciais sobre significados constitucionais é privilegiado, sem razão suficiente para isso, ou se existe espaço suficiente para um julgamento político independente (Bateup, 2006, p. 1121). Assim, as teorias mais promissoras são aquelas que representam uma função judicial única, a qual auxilia no alcance de respostas melhores sobre as questões constitucionais, mas que, ao mesmo tempo, não privilegiam a contribuição judicial em detrimento dos demais atores (Bateup, 2006, p. 1222).

Ao aplicarmos os estudos de Bateup em nosso trabalho, pretendemos compreender como efetivamente se deram os diálogos entre o judiciário colombiano e os demais poderes, bem como entre os demais grupos da sociedade colombiana durante a pandemia. Como exemplo de um primeiro diálogo no escopo de nossa pesquisa, mencionamos a interpretação que a Corte Constitucional Colombiana dá à saúde, classificando-a como direito fundamental a partir da Sentencia C760, o que impacta o comportamento dos demais poderes, especialmente durante a crise da COVID-19. Nos debruçaremos mais detidamente sobre isso no próximo capítulo.

Não somente isso, mas, ao analisarmos as decisões proferidas pela Corte em relação aos temas que englobam a proteção do direito à saúde como prioridade, notamos uma tentativa dialógica de respeito à função dos demais poderes e às interferências da sociedade civil em prol da proteção de garantia de direitos constitucionais. Mais do que compreender como os diálogos se constroem, pretendemos analisar a sua abrangência, e se uma construção dialógica em matéria constitucional é efetivamente positiva para o exercício do controle de constitucionalidade. Essa análise é feita de forma empírica, a partir da própria análise das decisões judiciais mencionadas. Contudo, considerando os apontamentos de Bateup, devemos nos preocupar em perceber se o comportamento da Corte é dominante em relação aos demais atores da sociedade colombiana, mas sempre tendo como foco o contexto de uma sociedade que se construiu de forma muito diferente dos países norte-americanos estudados pela pesquisadora.

É interessante mencionar que a autora, em seu estudo sobre a promessa dialógica, baseia-se principalmente nos contextos estadunidense e canadense de controle de constitucionalidade, contextos esses em que teóricos constitucionais indicam preocupações de que o controle de constitucionalidade é incompatível com a democracia (2006, p. 1113). Bateup indica que o controle de constitucionalidade é um instituto digressivo na democracia norte-americana, pois os juízes que o realizam - que não são eleitoralmente responsáveis por suas ações - podem derrubar as leis feitas por aqueles que efetivamente representam a vontade do povo, já que escolhidos por ele (2006, p. 1114).

É evidente que o contexto latino-americano, principalmente o do país estudado por nós, se difere política e juridicamente, possuindo especificidades próprias de um país em que a desconfiança em relação aos poderes executivo e legislativo é profunda, como veremos mais aprofundadamente no capítulo 3. Assim, no contexto colombiano, encontramos um alto grau de judicialização da política e uma Corte extremamente atuante, que surge para preencher lacunas e omissões dos demais poderes. Por isso, a teoria dos diálogos interinstitucionais traz contornos interessantes para esse país caribenho.

É necessário destacar, desde já, que não somos contrários ao fenômeno da judicialização, pelo contrário, entendemos que é um fenômeno característico do neoconstitucionalismo⁷ e que influencia os mecanismos democráticos de diversos países.

⁷ Para nosso estudo, entenderemos o neoconstitucionalismo a partir da breve definição fornecida por Rodrigo Yepes de que o movimento é marcado *pela promulgação de constituições com uma ampla lista de direitos fundamentais e que, além disso, têm vocação normativa, prevendo sistemas de justiça constitucional para*

Entendemos que o estudo das Ciências Sociais Aplicadas deve levar em consideração a realidade social e o contexto do objeto de pesquisa, e partimos do pressuposto de que não se pode desconsiderar um fenômeno que já é parte do sistema judicial do país estudado.

Nesse momento inicial, o que nos interessa é compreender um pouco mais aprofundadamente o raciocínio de Bateup sobre as teorias de diálogo para que, posteriormente, possamos aplicá-las e analisá-las com base em nosso estudo empírico. Como podemos observar, o interesse principal da autora nas teorias do diálogo é a busca pela legitimidade democrática do controle judicial, já que existe uma preocupação entre os teóricos constitucionalistas de que o controle judicial exercido pelo judiciário se sobreponha aos demais poderes, que efetivamente possuem a função precípua de criar e executar as leis. A preocupação gira em torno principalmente de que o judiciário tenha mais poder, influência e controle do que os demais poderes, absorvendo responsabilidades que não são originalmente suas e impactando o equilíbrio da balança democrática dos três poderes.

Notamos que a busca por teorias do diálogo constitucional mais efetivas pretende considerar igualmente as contribuições dos ramos políticos do governo e do judiciário, não sendo interessante aos teóricos, nesse caso, as teorias que privilegiam a contribuição judicial, pois podem sobrepujar o potencial para contribuição dialógica dos igualmente importantes demais poderes (Bateup, 2006, p. 1136).

Assim, a autora destaca teorias como as teorias do “equilíbrio”, como uma forma alternativa de conceber o papel judicial no diálogo constitucional sem que as suas contribuições sejam privilegiadas em detrimento das outras. Nessas teorias, o papel do juiz é compreendido como o de um fomentador da discussão constitucional em toda a sociedade, o que leva a um equilíbrio estabelecido sobre o significado constitucional. Contudo, destaca a pesquisadora que, ainda que essas teorias forneçam uma possibilidade muito mais promissora de diálogo constitucional, ela falha em fornecer um relato completo do papel da revisão judicial no sistema constitucional (Bateup, 2006, p. 1157).

assegurar o respeito desses direitos, inclusive pelas maiorias legislativas (2007, p. 61). O autor destaca que o fenômeno neoconstitucionalista estimula a judicialização da política, já que abre espaço para que cidadãos e grupos sociais demandem a proteção de direitos fundamentais dentro da própria linguagem do direito, bem como atribui às Cortes a possibilidade de invalidar decisões legislativas e governamentais com base em cláusulas constitucionais de direitos fundamentais (2007, p. 61-62). Em complemento, Dworkin (1972 *apud* Prazak e Soares, 2020) apontam que o neoconstitucionalismo apresenta uma estrutura de *normatização de princípios*, os quais carregam preceitos axiológicos como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o Estado Democrático de Direito e a solidariedade social (2020, p. 206).

Bateup destaca que a incompletude dessas teorias se manifesta paradoxalmente no fato de que dificilmente a sociedade como um todo se engajará em diálogos constitucionais, apesar de os teóricos argumentarem que ampliar o foco para toda a sociedade enriquecerá o diálogo. Isso, porque a natureza desse foco subestima os aspectos institucionais do diálogo constitucional, ou seja, é necessário encontrar complementos para essa teoria que expliquem o comportamento do diálogo constitucional a nível institucional entre o judiciário e os demais poderes, tendo em vista que é improvável que toda a sociedade participe desse diálogo quando as questões constitucionais se referirem a assuntos de baixa relevância política (Bateup, 2006, p. 1168).

É interessante nos debruçarmos nesse obstáculo em específico das teorias do equilíbrio, ao opormos nossa atenção em nosso objeto de estudo no presente trabalho. Como notaremos no capítulo 3, ao estudarmos as dinâmicas do Tribunal Constitucional Colombiano, perceberemos que há uma abertura significativa para a participação da sociedade colombiana nas decisões da Corte, de manifestações de somente um cidadão colombiano às considerações de grandes grupos e universidade, as sentenças da Corte apresentam uma estrutura que possibilita um amplo posicionamento da sociedade civil. Analisaremos mais detidamente essa estrutura no capítulo 4, mas é interessante mencionar algumas considerações prévias sobre esse ponto.

Notamos em nosso estudo, dentro do nosso recorte temporal que, quanto maior o teor político e o impacto social do tema objeto de controle constitucional do Tribunal Colombiano, maior o número e a intensidade de interferências da sociedade elencadas nas sentenças estudadas. Inclusive, encontramos sentenças que separam um espaço ao final somente para as manifestações sociais, tamanha a quantidade de posicionamentos. Em contrapartida, observamos também, que nas sentenças que exerciam controle de constitucionalidade sobre decretos com temática puramente institucional e pouco política, como, por exemplo, a possibilidade do trabalho remoto para servidores públicos, o número de manifestações da sociedade civil se reduzia significativamente. Ou seja, nessa análise prévia, observarmos na prática o problema apontado por Bateup das promissoras teorias do equilíbrio, já que nem sempre o engajamento da sociedade nesses diálogos será significativo.

Dentro disso, a autora indica que as “teorias da parceria” têm como núcleo o reconhecimento de que os diferentes ramos do governo podem contribuir de formas distintas para o diálogo constitucional de uma forma que o papel judicial não seja privilegiado em detrimento dos demais. Essa abordagem entende que cada ramo do governo aprende com as

específicas contribuições dialógicas dos outros ramos em uma ordem constitucional institucionalmente diversa. Assim, atores judiciais e não-judiciais são posicionados como participantes iguais na tomada de decisões constitucionais, em que ambos contribuem dialogicamente para a busca de melhores soluções como resultado de suas perspectivas institucionais únicas (Bateup, 2006, p. 1168-1169).

A autora cita os estudos de Janet Hiebert, apontando que as vantagens do judiciário se manifestam principalmente no isolamento relativo que os juízes possuem de pressões políticas e sociais, o que lhes dá mais liberdade para realizar o controle de constitucionalidade. Além do que, a interpretação e a definição de direitos estão no cerne da atuação judicial (2006, p. 1170). Já as vantagens do ramo político transparecem principalmente na ideia de que este possui mais acesso a recursos e a expertise que vem da atuação na área, e que, ao contrário das decisões judiciais, as decisões políticas baseiam-se em experiências prévias de fracassos e julgamentos e experiências comparativas. Assim, a autora expõe que a contribuição judicial, ainda que benéfica ao ramo político, não deve ser privilegiada em detrimento das decisões políticas (2006, 1171).

Como resultado dessas perspectivas distintas e das funções “separadas, porém interconectadas” (Bateup, 2006, p. 1171) na ordem constitucional, é possível que o judiciário e o legislativo se envolvam em um diálogo sobre o significado constitucional, em que ambos apresentam suas conclusões com parcimônia e escutam e aprendem com as perspectivas dos demais, possibilitando, inclusive, modificarem sua própria visão (Bateup, 2006, p. 1171). A função judiciária sugerida nesse modelo teórico é mais “modesta”, porém, é também mais realista por conhecer aspectos positivos dos processos legislativo e judicial. Além disso, são teorias que reconhecem que o judiciário possui um importante papel nas disputas sobre direitos, mas se recusam a fazer assunções empiricamente questionáveis sobre a superioridade moral do processo judiciário (Bateup, 2006, p. 1172-1173).

A autora ainda destaca que a abordagem das teorias da parceria oferece uma forma única de superar a dificuldade do poder contramajoritário a nível institucional, já que não privilegia o papel judicial no diálogo constitucional e deixa espaço suficiente para que os diferentes ramos políticos busquem soluções democráticas para os problemas constitucionais. No entanto, essa não deixa de ser uma visão prescritiva sobre como o diálogo deve se desenvolver, ainda que esteja enraizada nas características positivas do sistema constitucional (Bateup, 2006, p. 1173).

Assim, existe um risco de que o ramo legislativo não possa cumprir plenamente seu papel dialógico na prática, podendo, com o tempo, gradualmente adiar os pronunciamentos judiciais sobre o sentido constitucional. Entende-se que, se essa forma de diálogo constitucional se tornar realidade, será necessário pensar em meios de desenvolver os ramos políticos - ou as regras por meio das quais eles operam - para expandir suas habilidades de participar na resolução de problemas constitucionais (Bateup, 2006, p. 1173).

Da perspectiva normativa, a teoria da parceria possibilita uma das abordagens do diálogo judicial mais satisfatórias, já que propõe um papel judicial especial, o qual reconhece que os juízes apresentam contribuições institucionais únicas em diálogos de casos individuais como resultado das características processuais únicas. Esse ponto de vista do papel judicial ainda permite que as contribuições judiciais não sejam privilegiadas em detrimento das demais. Ainda assim, essas teorias se mantêm incompletas por causa do foco restrito nas formas de diálogo entre os ramos do governo. É nesse ponto que Bateup sugere uma fusão entre as teorias do equilíbrio e as teorias da parceria (2006, p.1173-1174).

Bateup aponta que a teoria do diálogo constitucional mais promissora é aquela que surge da combinação entre as teorias do equilíbrio e da parceria (2006, p.1174). O aspecto dinâmico que vem dessa fusão destaca que os juízes podem facilitar as discussões constitucionais incluindo a sociedade como um todo, bem como podem apresentar contribuições institucionais únicas para o debate de valores constitucionais em casos individuais. Em contrapartida, os juízes também responderão dialogicamente no nível de casos individuais às diferentes contribuições do legislativo relativamente ao significado constitucional (Bateup, 2006, p. 1175).

Isso mostra que a atuação judicial se dá nesse processo de duas formas, a primeira indica que o controle judicial permite a formação de decisões mais duráveis e amplamente aceitas sobre os problemas constitucionais que envolvem a sociedade como um todo; já a segunda mostra que o controle judicial acrescenta uma resolução institucional melhorada de questionamentos constitucionais a nível de casos individuais, graças à perspectiva única dos juízes e dos ramos políticos ao dialogarem um com o outro. A autora acredita que essa combinação teórica oferece a melhor chance para respostas aos questionamentos constitucionais, sendo, além de satisfatórias no contexto de uma resolução individual dos casos, satisfatória também para a sociedade como um todo (Bateup, 2006, p. 1175-1176).

É interessante refletirmos sobre a aplicabilidade dessas teorias dialógicas dentro do contexto colombiano. Como mencionamos anteriormente, em nossa análise empírica, constatamos um alto grau de participação da sociedade em decisões com grande interesse político, as quais mencionaremos mais detalhadamente no capítulo 4. Mas o que torna o contexto colombiano tão paradigmático, é justamente como os assuntos constitucionais se desenvolvem nos diferentes poderes. As decisões estudadas no contexto pandêmico trarão o exemplo de um controle judicial exercido pela Corte Colombiana dos decretos legislativos e executivos emitidos que destacam as considerações cidadãos e dos demais poderes. Contudo, em nosso estudo teórico no capítulo 3, veremos como Corte Constitucional Colombiana assumiu o papel - constitucionalmente designado, diga-se de passagem - de “guardião da Constituição”, inspirada pelo modelo de Kelsen, atuando ativamente na proteção e garantia de direitos, como forma de combater, em muitos casos, a omissão ou a negligência dos demais poderes.

É interessante perceber como nos estudos de Bateup, focados amplamente nos contextos estadunidense e canadense, a autora destaca a importância do poder legislativo como aquele que pode agir de forma “a proteger direitos e experimentar a proteção e a aplicação de direitos de maneiras que vão além do poder de reparação do judiciário” (2006, p. 1177). Ela entende que o poder legislativo possui a vantagem de enxergar como a proteção e a interpretação constitucional de direitos se encaixa no cenário global da tomada de decisões políticas de forma a beneficiar a sociedade (Bateup, 2006, p. 1177).

Só que, ao trazermos essa análise do papel legislativo para o contexto latino-americano, especificamente colombiano, a realidade se transforma com base nas instabilidades políticas e sociais do país. Assim, cabe a nós compreendermos a que ponto os diálogos interinstitucionais se encaixam no contexto desse país latino-americano, principalmente ao recortamos essa análise dentro da conjuntura de um período emergencial.

2.1 A ATUAÇÃO DOS PODERES EMERGENCIAIS DURANTE A PANDEMIA

Todas as vezes em que o mundo ou algum país entra em crise - seja ela sanitária, econômica, social, oriunda de desastres naturais ou ameaças à segurança nacional etc - surge uma preocupação sobre uma possível instabilidade democrática e até mesmo sobre a propensão ao totalitarismo e ao autoritarismo. Não precisamos olhar para um passado distante para

compreendermos que as crises são de fato solo fértil para a ascensão de autoridades pouco democráticas.

O italiano Giorgio Agamben, inclusive, aponta que vivemos em um estado emergencial permanente⁸, e que a própria previsão constitucional do estado de exceção é um indicativo de quebra democrática em um suposto contexto democrático. O autor aponta que “a criação voluntária de um estado de emergência permanente tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos” (2019, p.13) e que esse mecanismo de governança se expandiu com os poderes executivos durante as duas grandes guerras (2019, p. 18). Para ele, o estado de exceção se tornou regra, se transmutando de medida excepcional à técnica de governo, e transparecendo sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica (Agamben, 2019, p. 18).

É evidente que Agamben é um grande opositor do instrumento do estado de exceção, e que, conseqüentemente, se tornou um grande opositor das medidas emergenciais adotadas pela maioria dos países durante a pandemia. Justamente por isso, os estudos do filósofo são de grande relevância para compreendermos os mecanismos do estado de exceção e os riscos de delegar demasiado poder ao executivo em períodos de crise.

A nossa análise a partir do recorte da pandemia traz contornos interessantes, tendo em vista que é a primeira crise sanitária globalmente enfrentada neste século. Nós presenciamos nas últimas décadas as atuações de governos principalmente em face de crises financeiras, mas é uma experiência sem precedentes uma crise sanitária de tamanha magnitude, em um contexto teoricamente democrático, em que os governos se depararam com a inevitável realidade de tomarem decisões e medidas urgentes, em muitas situações sendo forçados a priorizar o direito à saúde e o direito à vida em detrimento de outros direitos constitucionalmente garantidos, como o direito à liberdade de ir e vir.

Por isso, na democracia moderna, principalmente em um Estado Democrático de Direito, é necessário olharmos para um sistema de “freios e contrapesos”⁹ que possibilita a atuação dos poderes delimitada por suas funções, impedindo que um poder - normalmente, nesses casos, sendo o executivo - se sobreponha aos demais. Nessa análise, notamos um papel importante exercido pelas Cortes.

⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti. 7ª reimpressão, São Paulo: Boitempo, 2019.

⁹ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic*. 2020. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52, U of Chicago, Public Law Working Paper No. 747. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3608974>. Acesso em: 15 fev. 2025.

Diante disso, é necessário nos determos por um momento na análise da atuação dos poderes emergenciais durante a pandemia, principalmente para que possamos usar de critério comparativo no contexto colombiano. Tom Ginsburg e Mila Versteeg¹⁰ apresentam um trabalho sobre a atuação do poder executivo enquanto poder emergencial na pandemia a partir da análise de diversos países, e qual seria o papel ativo do judiciário em monitorar o executivo durante esse período. Para isso, os autores analisam dados globais da resposta de cada país à pandemia, bem como a extensão da supervisão judicial, o envolvimento do poder legislativo e se a atuação do poder executivo encontrou resistência nos grupos subnacionais. A pesquisa de Ginsburg e Versteeg nos interessa principalmente porque argumenta que a crise pandêmica necessita de um modo diferente de governança, em que os diferentes poderes formulam a resposta para a crise de forma conjunta por meio do diálogo. (2020, p. 05-06)

Os pesquisadores observaram, através dos resultados coletados, que a esmagadora maioria dos países testemunhou algum tipo de tentativa de controle das ações do poder executivo pelos tribunais, unidades subnacionais e legislativo (Ginsburg; Versteeg, 2006, p. 27). Nesse ponto, destacamos algumas conclusões atingidas pelos pesquisadores que se relacionam diretamente com o resultado da nossa análise empírica, a ser apresentado de forma mais aprofundada no capítulo 4.

Os pesquisadores apontam que as Cortes têm um papel básico de garantir que os requisitos processuais sejam cumpridos pelo poder executivo. Essa revisão procedimental apresenta duas formas. Primeiramente, quando as disposições constitucionais emergenciais forem invocadas, as Cortes podem analisar se os requerimentos constitucionais foram cumpridos, como por exemplo a exigência de que o congresso deve autorizar o uso do poder emergencial. A segunda forma é quando a atuação do executivo não for enraizada nos poderes emergenciais constitucionais, a Corte pode demandar uma autorização legal para fundamentar as medidas adotadas pelo executivo (Ginsburg; Versteeg, 2006, p. 28).

À Corte Constitucional Colombiana é autorizada a revisão judicial de decretos emergenciais durante períodos de crise. As decisões analisadas no presente trabalho comprovam justamente isso. Foram diversos os decretos emitidos pelo governo durante o período emergencial, e à Corte Colombiana foi atribuída a função de realizar o controle judicial desses decretos.

¹⁰ supra.

Além disso, as Cortes também atuaram em vários países de forma a aplicar e equilibrar a garantia de direitos fundamentais, ou seja, realizando o controle sobre os direitos restringidos e a potencial violação constitucional que poderia ser gerada (Ginsburg; Versteeg, 2006, p. 32). Em alguns casos as Cortes realizaram a difícil tarefa de equilibrar a proteção de direitos subjetivos com os objetivos de proteção da saúde no geral (Ginsburg; Versteeg, 2006, p. 35).

Nesse ponto, observaremos que a Corte Colombiana, em algumas decisões, se deparou com a necessidade de analisar mais detidamente as possíveis violações de direitos oriundas dos decretos emergenciais nos quais o controle judicial era realizado. Especialmente nos casos que tratavam da população carcerária - tema que gera diversas discussões no Estado colombiano e que, inclusive, deu origem ao instituto do Estado de Coisas Inconstitucional¹¹ - a Corte Colombiana teve a complexa tarefa de balancear a efetivação do direito à vida e à saúde com os demais direitos garantidos aos presos.

Os tribunais ainda têm um terceiro papel, destacam os pesquisadores, de demandar que os governos tomem medidas afirmativas para combater a pandemia e efetivar sua obrigação constitucional (Ginsburg; Versteeg, 2006, p. 35). Nesse caso, percebemos por meio dos resultados de nosso estudo que a Corte Colombiana *per se* não dará ordens - na maioria dos casos (somente em dois casos perceberemos esse comportamento) - para que o poder executivo tome medidas de combate à pandemia. Sua atuação fica mais limitada aos dois primeiros papéis.

Assim, o sistema de “freios e contrapesos” mencionado pelos pesquisadores em seu estudo pode se manifestar por meio de cooperação e diálogo. Os autores concluem, através de seus estudos, que vários países democráticos presenciaram a atuação dialógica entre os poderes durante a crise. Quando a Corte insistiu na autorização legislativa para medidas específicas, ela não apenas insistiu na manutenção da separação de poderes explicitada na Constituição, mas também na facilitação de diálogos entre o executivo e o legislativo. Não somente isso, mas quando eles orientam o governo a moderar a resposta à pandemia à luz dos direitos constitucionais, ou, inversamente, ordenam que o governo imponha o *lockdown*, eles estão contribuindo para a construção coordenada da Constituição. Ou quando o poder legislativo se envolve na produção de novas leis, eles limitam o executivo às medidas adotadas por lei; ou

¹¹ “O conceito do estado de coisas inconstitucional (ECI) foi desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana, que, em pelo menos quatro casos, já reconheceu sua existência diante de quadros de violação massiva e generalizada de direitos e garantias fundamentais, por ação e omissão de diversos órgãos públicos responsáveis por sua tutela”. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-jul-30/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-esperamos-adpf/>> Acesso em: 12 nov. 2024.

quando os governos subnacionais pressionam o executivo nacional para tomar respostas mais vigorosas ou adotar medidas próprias, eles não apenas estão fornecendo informações valiosas sobre as condições locais, mas também garantindo a contínua operação do sistema vertical de “freios e contrapesos” (Ginsburg; Versteeg, 2006, p. 53).

Um sistema de “freios e contrapesos” entre as instituições governamentais ajuda a estabelecer um equilíbrio entre os interesses individuais e as preocupações sociais mais amplas, com as Cortes tendo um papel importante a exercer, tanto na proteção dos direitos fundamentais, como no incentivo de uma nova análise nas políticas de restrição de liberdades. Mas, para além das Cortes, o poder legislativo e a sociedade em geral possuem também um papel importante, em que o primeiro é capaz de proteger os direitos fundamentais e equilibrá-los com outras considerações, e a segunda deve ajudar a determinar o escopo dos direitos fundamentais (Ginsburg; Versteeg, 2006, p. 53).

Os autores defendem o diálogo como uma forma de demonstrar consenso entre os diferentes ramos do governo, com suas bases distintas de legitimidade, que estão envolvidos em formular uma resposta. O controle judicial e a supervisão legislativa podem ajudar a identificar pontos-cegos na tomada de decisões do poder executivo, bem como forçar uma consideração mais cuidadosa de forma a garantir que erros não sejam repetidos devido à inércia ou omissão. Defendem que uma resposta à pandemia que valorize a participação de diversos ramos é melhor justificada e fundamentada (Ginsburg; Versteeg, 2006, p. 54).

Essa crença de que o diálogo e a cooperação são a melhor forma de solucionar os problemas oriundos da crise sanitária baseia-se na ideia de que os diferentes ramos do governo possuem bases epistêmicas diversas e vantagens institucionais distintas. As Cortes, por exemplo, são institucionalmente preparadas para demandar justificativas fundamentadas e para identificar os interesses individuais que podem sofrer em consequência da criação e aplicação de políticas voltadas para a coletividade, como veremos mais aprofundadamente em nossa análise empírica do contexto pandêmico na Colômbia (Ginsburg; Versteeg, 2006, p. 54).

As conclusões de Ginsburg e Versteeg sobre a necessidade de estabelecer diálogos entre os poderes e também com a sociedade, como meio de frear a possível ascensão de um poder executivo autoritário em um contexto de crise como a pandemia, complementam as ideias apresentadas anteriormente de Christine Bateup, que defende os diálogos como uma alternativa à sobreposição do poder contramajoritário aos demais.

2.2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Entendemos que ainda é necessária uma terceira ideia para fundamentar nossa pesquisa. Como sabemos, as decisões judiciais se constroem principalmente por meio da argumentação. Os argumentos são primordiais para fundamentar as escolhas e os posicionamentos dos juízes.

Da leitura de decisões judiciais diversas, notamos - em maior ou menor grau - argumentos dos mais variados tipos, existem os precedentes; os dispositivos normativos e as doutrinas; como também existem argumentos éticos, morais e pragmáticos e, em alguns casos, identificaremos os argumentos pautados em dados científicos e fatos concretos. Em todos os casos, a qualidade e a confiabilidade de uma decisão perpassa por premissas do próprio sistema, não repousando na discricionariedade e no subjetivismo do aplicador do direito. Surge, então, a teoria da argumentação jurídica como uma nova concepção hermenêutica que entenderá “os princípios como espécies de normas de conflituosidade imanente” (Duarte, 2020, p.131).

Robert Alexy afirma, em seu estudo sobre a Teoria da Argumentação Jurídica¹², que a argumentação jurídica, para ser estudada, deve ser entendida como “uma atividade linguística que ocorre em várias situações da corte à sala de aula” (2011, p. 26). O jurista alemão defende que se convencie uma teoria da argumentação jurídica para orientar os magistrados a argumentar racionalmente em áreas que não existem condições prévias de provas lógicas (2011, p. 33). Esse ponto é interessante, pois Alexy utiliza o exemplo de casos difíceis para justificar a importância e necessidade de uma teoria da argumentação jurídica bem definida.

Luciana Duarte define que a teoria da argumentação jurídica de Alexy origina-se da constatação de que existe uma insuficiência da lógica formal, a qual fundamenta-se unicamente na legitimidade legal, para tomar decisões jurídicas que sejam corretas e justas (2020, p. 118). Alexy entende que há uma demanda para outra metodologia de construção das decisões judiciais e de seus argumentos, sendo necessária uma fundamentação racional que combata conceitos jurídicos indeterminados ou a discricionariedade de magistrados. Assim, o autor desenvolve uma teoria que defende que uma decisão será correta se construída por meio de um procedimento racional, pautado em regras de lógica, nos direitos dos participantes e nas cargas argumentativas, que nada mais é do que o discurso racional (Duarte, 2020, p. 118-119).

Duarte prossegue apontando que a teoria da argumentação jurídica é essencial para “distinguir, selecionar e estruturar os argumentos necessários à construção dos enunciados

¹² ALEXY, Robert. Teoria da argumentação. **Rio de Janeiro: Forense**, 2011.

jurídicos, sob um alicerce dialógico” (2020, p. 120). Nesse ponto, a pesquisadora aponta que o procedimento dialógico deve ser aberto para um número ilimitado de participantes, e que se deve ter em mente que cada participante é formado por um sistema de referências próprios - construído por tradições, preconceitos, experiências de vida etc. - que influencia as suas preconcepções. Diante disso, a teoria da argumentação jurídica deve oferecer mecanismos de “correção” desses padrões (2020, p. 120). Ou seja, notamos que a teoria da argumentação jurídica terá um elemento dialógico marcante.

Cláudia Toledo explica que, conforme definição de Alexy, do discurso prático geral surge o caso especial do discurso jurídico, o qual vincula-se aos argumentos institucionais próprios do campo jurídico, como as leis, os precedentes e a doutrina. Ou seja, enquanto um discurso que pertence ao campo jurídico, tem como função precípua a aplicação do direito; o discurso prático geral baseia-se em argumentos não institucionais, tais como os pragmáticos, éticos e morais; e aos quais acrescentam-se os argumentos não institucionais empíricos, que têm como base fatos concretos e dados científicos. A pesquisadora ressalta que, de acordo com a teoria de Alexy, é necessário que o discurso jurídico tenha argumentos institucionais, mas autoriza-se a presença de elementos do discurso prático geral e do discurso empírico (Toledo, 2022, p.02).

Toledo ainda destaca que quanto mais argumentos institucionais forem aplicados em um discurso jurídico na fundamentação das decisões judiciais, maior é a probabilidade de que a atuação do judiciário esteja dentro dos limites de sua competência, exercendo o controle judicial dos atos e omissões dos demais poderes de forma regular. Em contrapartida, a maior presença de discursos não institucionais é um indicativo de que a decisão judicial pode estar interferindo nas competências dos demais poderes (2022, p.02).

Nesse ponto, é necessário tecermos alguns comentários sobre o caso único e excepcional trazido pela pandemia da covid-19. O contexto pandêmico se tornou algo verdadeiramente sem precedentes para os diversos ramos da ciência, e para as ciências sociais não foi diferente. Os tribunais depararam-se com uma realidade inimaginável, sendo forçados a tomarem decisões difíceis sobre a proporcionalidade de direitos fundamentais, para proteger o direito à vida e o direito à saúde da população, bem como, como vimos anteriormente com Ginsburg e Versteeg, para evitar um poder excessivo exercido pelo executivo.

A verdade é que, conforme observaremos nos resultados de nossa análise empírica no capítulo 4, há uma tendência e, ao nosso ver, uma necessidade de fundamentar as decisões não

somente em argumentos institucionais, mas em argumentos não institucionais. Veremos que dados científicos, fatos concretos e argumentos pragmáticos são utilizados para definir a gravidade da crise sanitária na Colômbia e a necessidade de medidas emergenciais. Das decisões analisadas, há o controle judicial dos decretos emitidos pelo governo colombiano no contexto do estado emergencial, e a necessidade de autorização de certas medidas é, na maioria das vezes, justificada pelos artigos da Constituição que preveem o estado emergencial, mas também pela realidade dos fatos que apresentam os números alarmantes da covid-19. Os magistrados são confrontados com a inevitabilidade de proteger os direitos mais essenciais devido à realidade fática.

Ainda assim, apresentaremos uma ideia mais elaborada se, ao nosso ver, há de fato uma interferência na atuação dos demais poderes. Para isso, estudaremos, no capítulo 3, os altos índices da judicialização da política na Colômbia, o que servirá de embasamento para o comportamento da Corte Constitucional, inclusive e, principalmente, durante a pandemia da covid-19.

Utilizando-se de nosso objeto de pesquisa, voltamos ao exemplo dos casos especiais dado por Alexy. O autor utiliza-se desses exemplos justamente para demonstrar a relação entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral. Ele afirma que a tese dos casos especiais está aberta para três formas de interpretação. A primeira diz que o processo de fundamentação de uma decisão judicial, nesse caso, remeteria aos critérios do discurso prático geral, com as justificativas jurídicas agindo como uma forma de “legitimação secundária de qualquer conclusão que se chegue desta maneira” (2011, p. 30). Alexy denomina essa tese como “tese da subordinação”, referindo-se aos casos em que a solução não será encontrada de forma conclusiva na lei, ou seja, aqui “o discurso jurídico não passa de um discurso prático geral por trás de uma fachada jurídica” (2011, p. 30).

Caso haja oposição à “tese da subordinação”, há um segundo caminho, qual seja, o da “tese da suplementação”, que se baseia na ideia de que “a argumentação jurídica só pode ir até uma parte do caminho, chegando a um ponto em que os argumentos especificamente jurídicos não estão mais disponíveis”, e é nesse momento que será aplicada a argumentação prática geral (Alexy, 2011, p.30). Ainda, há um terceiro caminho de interpretação, que compreende que a argumentação jurídica e a argumentação prática geral “devem ser combinadas em todos os níveis e aplicadas conjuntamente”, sendo denominada de “tese da integração” (Alexy, 2011, p. 30). É essa a interpretação adotada por Alexy em sua teoria da argumentação jurídica.

Novamente notamos aqui a presença da característica dialógica, mas na forma de construção de argumentos para a fundamentação de decisões.

Tomamos a tese da integração e a teoria da argumentação jurídica de Alexy como uma forma de compreendermos a construção da fundamentação das decisões estudadas no capítulo 4. Isso, porque notamos a presença sistemática de argumentos do discurso prático geral combinados aos argumentos do discurso jurídico. É essa a tese que adotaremos no presente trabalho, sempre combinada à ideia de diálogos interinstitucionais de Bateup e das interações e controle judicial apresentadas por Ginsburg e Versteeg. Cabe ressaltarmos, então, que analisamos a fundamentação para prevalência ou não dos direitos fundamentais à saúde e à vida nas decisões proferidas durante a pandemia pela Corte Constitucional Colombiana. Isso implicará em dois pontos específicos em nosso estudo.

O primeiro é de que a defesa e a proteção do direito à saúde em um contexto pandêmico poderão ser entendidas como um caso especial a ser analisado pelos tribunais pelo fato de que, como já mencionado acima, a crise sanitária da covid-19 se transformou em uma realidade sem precedentes, forçando os tribunais a se pautarem não somente nas previsões legais sobre poderes emergenciais, mas também na realidade fática e científica. O uso de argumentos não institucionais foi inevitável.

O segundo ponto é que os tribunais foram forçados, a todo momento, a aplicar a máxima da proporcionalidade, já que se depararam constantemente com o conflito de vários direitos fundamentais. Nesse ponto, nos deteremos brevemente na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, no que se refere especificamente aos conflitos existentes no discurso jurídico e a máxima da proporcionalidade como forma de solução.

2.3 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy afirma que a teoria dos direitos fundamentais¹³ se pauta principalmente na distinção entre regras e princípios, e que essa distinção se torna a base por meio da qual a teoria da fundamentação se constrói no âmbito dos direitos fundamentais e “a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”. Alexy desenvolve que essa distinção é fundamental para não somente a dogmática dos direitos de liberdade e

¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

igualdade, mas também para os direitos à proteção, organização e procedimento, sendo ela essencial à construção de uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais (2008, p.85). O autor pontua que essa distinção forma a estrutura de uma “teoria normativo-material dos direitos fundamentais”, sendo o fundamento para a análise da “possibilidade e dos limites nos âmbito dos direitos fundamentais”, assim, o autor defende que “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (Alexy, 2008, p.85).

Nesse sentido, cabe elucidar brevemente como Alexy define a diferença entre as regras e os princípios para entendermos como se desenvolve a máxima da proporcionalidade. Assim, pontua-se que a diferença está decisivamente no fato de que princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, consequentemente, princípios são compreendidos como “mandamentos de otimização”, caracterizando-se “por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”, sendo que a abrangência dessas possibilidades jurídicas é estabelecida pela colisão entre princípios e regras, ou seja, é possível estabelecer um grau de aplicabilidade dos princípios para maior ou menor (Alexy, 2008, p. 90).

Em contrapartida, o mesmo não acontece com as regras, que só podem ser satisfeitas ou não satisfeitas, pois contém “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”, devendo-se realizar exatamente aquilo que a regra prevê, nem mais e nem menos. Assim, Alexy entende que “a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”, ou a norma será uma regra, ou um princípio (2008, p. 91). Quando duas regras colidem, a solução oferecida por Alexy é de que se inclua em uma das regras uma cláusula de exceção, mas, se ainda assim, a colisão persistir, a solução será declarar uma das regras inválidas (2008, p. 92)

O mesmo não funcionará para a colisão entre princípios, já que, nesses casos, apesar de um princípio ser obrigado a ceder, não significa que ele será considerado inválido ou que será necessário incluir uma cláusula de exceção nele (Alexy, 2008, p.93). É nesse ponto que devemos nos ater, pois “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”, mas essa precedência pode ser invertida em condições diferentes. Alexy elucida que isso é justamente o que se quer dizer “quando, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência”. Assim,

enquanto os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, os conflitos entre princípios ocorrem na dimensão do peso, já que apenas princípios válidos podem colidir (2008, p. 93-94).

O que nos interessa nesse sentido é o sopesamento a ser realizado entre os princípios, pois é justamente esse sopesamento que será encontrado em inúmeras decisões judiciais durante a pandemia, em que os juízes serão forçados a sopesar interesses diversos, como, por exemplo, o interesse da coletividade - ao proteger o direito à saúde e o direito à vida com medidas de restrição do ir e vir da população - e o interesse do indivíduo. Apesar de estarmos lidando em seu âmago com conflitos entre direitos fundamentais, podemos entender que as diferenças são terminológicas, já que, ao tratarmos não somente sobre os direitos, mas sobre os interesses e deveres envolvidos na garantia desses direitos, a caracterização desse sopesamento como colisão entre princípios se encaixa perfeitamente (Alexy, 2008, p. 95).

É interessante notarmos a solução oferecida por Alexy, pois perceberemos que é de fato a solução mais adequada encontrada pelos juristas na maioria dos casos aqui estudados, já que essa solução se dará justamente baseada nas circunstâncias do caso concreto, estabelecendo-se uma “relação de precedência condicionada entre os princípios”, que consistirá em determinar quais são as condições, na realidade fática, que um princípio será precedente sobre o outro, mas, destacando-se que, em um caso diverso, a solução poderia ser resolvida de forma oposta (Alexy, 2008, p. 96).

O mandamento dos princípios é um mandamento *prima facie*, ou seja, não definitivo na medida em que determina que “algo será realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, o que significa que, apesar do conteúdo relevante em um caso específico, o resultado não necessariamente transparece aquilo que o princípio exige (Alexy, 2008, p. 104). O que se nota é que a realidade fática combinada com a realidade jurídica será determinante para a aplicabilidade em maior ou menor grau de um princípio, apresentando um caráter *prima facie* completamente diferente do das regras, pois os princípios não dispõem da possibilidade de seu conteúdo ser estendido em face de outros princípios colidentes e do fato concreto. As regras, em contrapartida, adquirem um caráter *prima facie* quando perdem o caráter definitivo, o que se dá com a introdução das cláusulas de exceção. Mas, nesses casos, a regra somente será superada no caso concreto quando os princípios que estabelecem que as regras criadas por autoridades legitimadas sejam seguidas, sejam superados. Esses princípios são conhecidos como “princípios formais”, e quanto maior o grau de peso

atribuído a eles, maior o grau do caráter *prima facie* das regras (Alexy, 2008, p. 105). Mas é necessário destacar que, caso não haja o estabelecimento de alguma exceção, as regras terão caráter definitivo (Alexy, 2008, p. 106).

Assim, chegamos à conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, pois Alexy é claro ao afirmar que “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela” (2008, p. 116). O que o autor quer dizer é que se a natureza dos princípios implica na máxima da proporcionalidade, então as três máximas de adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito decorre da própria natureza dos princípios (Alexy, 2008, p. 116-117). O autor define que “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito determinará um sopesamento entre princípios colidentes com base na lei de colisão, ou seja, com base no contexto efetivamente jurídico, assim, chega-se à conclusão de que “o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos”, o que, conseqüentemente, demonstra que do caráter principiológico das normas de direito fundamental é deduzível a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (Alexy, 2008, p. 117-118).

Em contrapartida, “as máximas da adequação e da necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas” (Alexy, 2008, p. 118). A necessidade também decorrerá do caráter principiológico do princípio, e estabelecerá a aplicação da medida menos gravosa ao indivíduo, que será analisada por meio da realidade fática, mas que também estará sujeita ao sopesamento jurídico da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, já que há de se fazer também um exame de possibilidades jurídicas. E a adequação também decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, estando pautada na realidade fática (Alexy, 2008, p. 119-120).

Diante dessa breve análise sobre o sopesamento principiológico e a máxima da proporcionalidade de Alexy, nosso objetivo é trazer uma certa compreensão teórica sobre a fundamentação das decisões judiciais da Corte Constitucional Colombiana ao ser defrontada com a difícil tarefa de resolver a colisão entre direitos fundamentais. Entendemos que a aplicação da máxima da proporcionalidade não somente é a forma como se constrói essa análise, mas também é efetivamente a melhor forma de solucionar os conflitos entre direitos fundamentais no contexto da covid-19. Novamente nos depararemos com o impacto da realidade no sopesamento jurídico, ponto em que destacamos, mais uma vez, a conexão com a

teoria da argumentação jurídica de Alexy, pois os argumentos científicos e fáticos serão fortemente utilizados para fundamentar a aplicação de um princípio em maior ou menor grau.

Nos próximos capítulos, analisaremos aspectos da Corte Constitucional Colombiana até a atualidade que podem explicar os índices de judicialização no país, bem como apresentaremos nossa pesquisa empírica tendo como base a teoria aprofundada neste primeiro capítulo, buscando aplicar os conceitos de diálogos interinstitucionais fornecidos por Bateup, combinados às teorias da argumentação jurídica e dos direitos fundamentais de Alexy e à pesquisa de Versteeg e Ginsburg sobre os poderes emergenciais na pandemia.

Como apresentado até aqui, nossa hipótese é a de que os diálogos interinstitucionais se manifestam como um método efetivo de proteger direitos durante a pandemia, bem como evitar a ascensão de um poder executivo autoritário. À frente, analisaremos se essa hipótese verdadeiramente se comprova no contexto analisado.

3 A CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: CRIAÇÃO, ATRIBUIÇÕES E O DIREITO À SAÚDE

A Corte Constitucional Colombiana é uma criação recente na história da justiça colombiana, tendo sido instituída apenas em 1991 com a função precípua de ser a “guardiã da Constituição”. É verdade que o seu processo de surgimento e consolidação se prolongou ao longo de décadas, enfrentando diferentes períodos históricos na Colômbia, marcados pela articulação política e acadêmica para a efetivação de um tribunal constitucional.

No início de seu constitucionalismo, a Constituição Colombiana de 1886 previa apenas a competência da Corte Suprema de Justiça para decidir de forma definitiva sobre a constitucionalidade de projeto de lei rejeitado pelo Governo (Silva, 2014, p. 191). Na verdade, não existia qualquer previsão de controle de constitucionalidade naquele momento (Muñoz, 2000, p. 63).

Foi durante o período de 1910 a 1991 que a construção da justiça constitucional colombiana como conhecemos hoje passa a se delinear em 5 momentos marcantes (Cajas Sarria, 2015, p.113). Com o país recém-saído de um governo ditatorial que ocupou a primeira década do século XX, em 1909, após o estímulo de grupos políticos, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte, a qual reformou, dentre outras coisas, o papel da justiça em demandas de constitucionalidade.

Um dos pontos mais marcantes da reforma foi o ato legislativo nº 03 que estabeleceu a Ação Pública de Inconstitucionalidade, atribuindo à Corte Suprema de Justiça da Colômbia “a função de decidir sobre a exequibilidade das leis diante de demanda interposta por qualquer cidadão”¹⁴ (Cajas Sarria, 2015, p.117). Assim, por meio do artigo 41 do ato legislativo nº 03 de 1910, passa-se a constar o seguinte:

Artículo 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas

¹⁴ “Dentro del acto legislativo 03 de 1910 se estableció la acción pública de inconstitucionalidad que le confió a la Corte Suprema de Justicia la función de decidir sobre la exequibilidad de las leyes ante demanda interpuesta por cualquier ciudadano” (Cajas Sarria, 2015, p.117) (tradução nossa).

las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.¹⁵

Já nesses primeiros momentos, notamos uma certa resistência do Congresso com a instituição da Ação Pública de Inconstitucionalidade, o qual argumentou que ela colocava os poderes da Corte em uma posição de superioridade aos demais, tendo a própria Corte Suprema de Justiça proposto ao Congresso a remoção de tal responsabilidade, já que, ao seu entendimento, “a atuação como juiz de constitucionalidade das leis era uma interferência nas competências dos demais poderes”¹⁶ (Cajas Sarria, 2015, p.119).

Mais adiante, já em 1953, o General Gustavo Rojas Pinilla assume o poder na Colômbia, tendo, em um primeiro momento, o apoio da camada judicial e dos grupos mais conservadores da oposição. Contudo, seis meses após o golpe, instaurou-se uma crise judiciária movida pelo discurso feito pelo General Rojas, em que acusou a camada judicial de estar politizada e de não estar à altura das mudanças demandadas pelo país naquele momento. O discurso ocasionou, dois dias depois, a renúncia de todos os magistrados da Corte Suprema de Justiça. O General, rapidamente, nomeou novos membros, informando que a Corte seria composta por oito liberais e oito conservadores (Cajas Sarria, 2014, p. 130).

Logo em seguida, o então Ministro da Justiça - Antonio Escobar Camargo - anunciou a intenção de realizar uma reforma judicial que propunha a modificação do sistema de eleição dos magistrados da Corte Suprema de Justiça, ao argumento de que a determinação constitucional para que o Presidente da República apresentasse listas para que Congresso elegeisse os magistrados geraria uma interferência da política na justiça, compreendendo que o mais adequado seria “dar ao presidente a ‘responsabilidade histórica e moral de selecionar um grupo de juízes honestos e brilhantes’ para mandatos constitucionais que não coincidisse com o do governo”¹⁷ (Cajas Sarria, 2015, p.121).

Retomando seu projeto político de 1953, com o Decreto Legislativo nº 1.762 de 26 de julho de 1956, o General Rojas criou a Sala de Negocios Constitucionales dentro da própria

¹⁵ COLÔMBIA. **Ato Legislativo nº 03, de 31 de outubro de 1910**. Modifica a Constituição da Colômbia em diversos aspectos relacionados ao poder público e às liberdades civis. Diário Oficial da Colômbia, 1 nov. 1910. Disponível em: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825559> . Acesso em: 15/09/2024

¹⁶ “(...) la propia Corte Suprema en 1916 y 1919 llegó a proponerle al Congreso que la despojara de esa responsabilidad pues consideraba que fungir como juez de la constitucionalidad de las leyes era una intromisión en las competencias de los demás poderes; es decir que se le había asignado una función que le era ajena” (Cajas Sarria, 2015, p.119) (tradução nossa).

¹⁷ “(...) darle al Presidente la “responsabilidad histórica y moral de seleccionar un personal de Magistrados probos y brillantes” para períodos constitucionales que no coincidirían con el del gobierno (Escobar 1953: 9)” (Cajas Sarria, 2015, p.121) (tradução nossa).

Corte de Justicia, a qual teria a função de decidir sobre a constitucionalidade dos atos legislativos, das leis e dos decretos, podendo ser demandada por qualquer cidadão perante audiência prévia com o Procurador Geral da Nação. Apesar de poder ser entendido, em um primeiro momento, como um avanço da constitucionalidade no país, a reforma objetivou, na verdade, uma maior influência do regime militar na Corte, já que a responsabilidade de julgar os decretos do Estado de Sítio que vivia a Colômbia passava a ser competência de um órgão composto por magistrados escolhidos pelo próprio Governo (Cajas Sarria, 2014, p. 137).

A Sala funcionou até 18 de julho de 1957, momento em que foi suprimida pela Junta Militar do Governo após Rojas entregar o poder em 10 de maio de 1957, sendo devolvida à Corte de Justiça as funções atribuídas pela reforma de 1910 (Cajas Sarria, 2015, p.127-128).

Em 1966, assume a presidência o liberal Carlos Lleres Restrepo. Com seu governo foi apresentada a proposta para a criação de uma Corte Constitucional, com o objetivo de “tecnificar e fortalecer o controle constitucional colombiano através de um sistema concentrado com um órgão especializado” (Cajas Sarrias, 2015, p. 129), já que argumentavam os defensores que a inexistência de um esquema claro de controle de constitucionalidade, às vezes difuso, às vezes concentrado, provocava insegurança jurídica (Cajas Sarria, 2015, p. 130). Assim, afirmavam que a criação da Corte Constitucional era uma forma de racionalizar o Estado, sendo parte de um propósito de modernizar o país (Cajas Sarria, 2015, p. 131).

Contudo, o projeto sofreu grande oposição política, inclusive da própria Corte Suprema de Justicia, ao argumento de que essa já exercia um amplo controle de constitucionalidade. Outros argumentos utilizados foram defeitos técnicos, já que a Corte Constitucional acumularia muitas funções, e também o “controle político” que seria exercido, já que o projeto determinava que as eleições dos magistrados seriam correspondentes à do Congresso (Cajas Sarria, 2015, p. 131). Apoiando-se em González (2006) para defender seu argumento, Cajas Sarria ainda sugere que uma das razões da oposição feita pela Corte Suprema seria o fato de que a Corte Constitucional afetaria a sua posição política e institucional, já que ela passaria a ser um tribunal de cassação (2015, p. 133).

Assim, devido à forte oposição e às difíceis negociações em busca de instituir a Corte Constitucional, essa foi excluída da Reforma Constitucional aprovada em 1968. No entanto, criou-se a Sala Constitucional dentro da própria Corte Suprema de Justicia, cuja responsabilidade passou a ser a preparação dos projetos de sentença em matéria constitucional

para serem analisadas, aprovadas ou não, pela Sala Plena da Corte Suprema (Muñoz, 2000, p. 64).

Em 1979, foi realizada outra reforma constitucional, a qual atribuiu maior importância a Sala Constitucional, que passou a assumir papel principal no controle de constitucionalidade, ficando a cargo da Sala Plena da Corte apenas as demandas contra atos legislativos e decretos de estado de sítio. Assim, a Sala Constitucional se tornou uma “pequena corte constitucional” dentro da Corte Suprema. Contudo, a perda de poder da Corte Suprema ocasionou a sentença n. 57 de 03 de novembro de 1981, que declarou a reforma de 1979 inconstitucional, extinguindo a “pequeña constituyente” brevemente após sua criação. (Cajas Sarria, 2015, p.137).

Durante a década de 1980, amplos debates políticos, jurídicos e acadêmicos ocorreram sobre a criação de um tribunal constitucional para substituir as funções da Corte Suprema de Justicia. Foi somente com a Asamblea Nacional Constituyente (ANC) de 1991 que o controle de constitucionalidade passou a ser exercido pela nova Corte Constitucional Colombiana (Cajas Sarria, 2015, p.139). Com destaque Cepeda, a proposta foi apresentada pelo então presidente César Gaviria, que defendia que a Corte Constitucional seria ideal para tomar decisões “legítimas e definitivas para resolver disputas de alta transcendência política sobre o conteúdo e o alcance da nova Constituição”¹⁸ (2007 *apud* Cajas Sarria, 2015, p.139).

Era evidente que a criação da Corte Constitucional Colombiana manteve a ideia defendida por grupos ao longo de décadas, como observado no presente trabalho, sobre a necessidade de um tribunal especializado no campo do direito público (Cajas Sarria, 2015, p. 140), mais notoriamente em matérias constitucionais, com o objetivo claro de exercer o controle de constitucionalidade, separando-se das funções exercidas pela Corte Suprema de Justicia.

Ainda assim, a Corte Suprema de Justicia resistiu à criação da Corte Constitucional, sugerindo uma reestruturação dentro da própria Corte Suprema, com a redistribuição de competências entre a Sala Constitucional e a Sala Plena (Cajas Sarria, 2015, p. 141). Contudo, ao final, a ANC determinou a criação da Corte Constitucional Colombiana. Destacamos o discurso do então presidente César Gaviria Trujillo com a promulgação da Constituição Colombiana de 1991 e o consequente surgimento da Corte Constitucional:

¹⁸ “(...) esta nueva Corte sería idónea para tomar decisiones “legítimas y definitivas para resolver disputas de alta transcendencia política sobre el contenido y el alcance de la nueva Constitución” (Cajas Sarria, 2015, p.139) (tradução nossa).

Uma nova Carta, uma nova democracia e também novas instituições fortes e eficazes: o Tribunal Constitucional para fazer da Carta de 1991 um documento vivo, relevante para todos, em sintonia com a realidade do país, promotor de mudanças e protetor dos valores fundamentais da democracia.¹⁹ (Gaviria, 1991).

3.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COLOMBIANO

Nós vimos no último tópico que a criação e a consolidação de uma Corte Constitucional na Colômbia foi um processo que atravessou quase a completude do século XX. Assim, é necessário nos debruçarmos, nesse momento, em como a Corte de 1991 passou a exercer o controle de constitucionalidade, bem como no tipo de controle adotado por ela. Para isso, devemos elucidar, primeiramente, os tipos de controle que podem ser adotados por diversas cortes.

Para fins de melhor compreensão, destacamos os apontamentos de Gilmar Mendes e Paulo Branco (2017, p.1116), que indicam a existência de três modelos de controle de constitucionalidade, quais sejam o difuso ou norte-americano; o concentrado ou austríaco ou europeu e o misto.

Os autores indicam que no modelo concentrado a atribuição para o julgamento das questões constitucionais é dada a uma Corte Constitucional ou a um órgão jurisdicional superior. Já no controle difuso qualquer órgão judicial que tenha como função aplicar a lei a um caso concreto deve exercer a análise de sua constitucionalidade. E, por último, o modelo misto de controle caracteriza-se pela aplicação de ambos os controles mencionados, já que os órgãos ordinários do Poder Judiciário devem exercer o controle nas ações e processos judiciais, enquanto o Tribunal Supremo ou a Corte Constitucional terão a competência para decidir nas ações de perfil abstrato ou concentrado. Esse modelo, inclusive, é adotado pelo Brasil, unindo o modelo difuso de constitucionalidade com as ações diretas de inconstitucionalidade (Mendes; Branco, 2017, p. 1116-1117).

Luis Villar Borda (2000, p.17) afirma que o cenário posterior à Segunda Guerra Mundial, com a consolidação do Estado Democrático de Direito, foi propício para o surgimento de Tribunais e Cortes Constitucionais, de forma a garantir e efetivar direitos fundamentais, bem

¹⁹ “Una nueva Carta, una nueva democracia y también nuevas instituciones sólidas y eficaces: la Corte Constitucional para hacer de la Carta de 1991 un documento viviente, relevante para todos, sintonizado con la realidad del país, promotor del cambio y protetor de los valores fundamentales de la democracia” (GAVIRIA, 1991) (tradução nossa).

como limitar os abusos dos diferentes poderes públicos. Antes mesmo desse movimento de constitucionalização pós-guerra, o jurista austríaco Hans Kelsen indicou a importância da existência de um Tribunal Constitucional que fosse o único responsável pela guarda da Constituição, pois “somente um órgão especializado poderia impor o controle de constitucionalidade das leis” (Silva, 2014, p. 189-190).

Nesse ponto, é importante mencionarmos o impacto da teoria de Kelsen na criação da Corte Constitucional Austríaca, que introduziu a ideia do modelo concentrado de constitucionalidade. Kelsen conceitua que a hierarquia das normas é um aspecto primordial do Estado de Direito, que poderá ser garantido por meio da figura de uma Corte que atue como “legislador negativo” em oposição ao papel dos parlamentares como “legisladores positivos” (Villar Borda, 2000, p.23). Assim, o controle de constitucionalidade, da perspectiva de Kelsen, manifesta-se como uma garantia do Estado de Direito e também da democracia, já que é responsável por assegurar o direito da maioria e da minoria (Villar Borda, 2000, p.24).

Villar Borda ainda destaca o uso do termo “guardião da Constituição” para se referir a uma jurisdição constitucional, a qual tem como princípio a garantia da supremacia da Constituição diante da sociedade e dos demais poderes por meio de aparatos jurídicos. Nota-se que o controle de constitucionalidade surge justamente dessa ideia de supremacia da Constituição (2000, p.20-21).

Adentrando-nos mais ao caso colombiano, a Corte Constitucional de 1991, juntamente com a promulgação de uma nova constituição democrática no país, surge como um marco de uma nova era de garantias e proteção aos direitos dos cidadãos colombianos. É uma nova forma de exercer o controle de constitucionalidade, que, até então, vinha sendo exercido pela Corte Suprema de Justiça e pelos demais órgãos do judiciário, com o objetivo de proteger efetivamente os direitos positivados nessa nova Carta. Essa ideia é evidente, inclusive, pelo que prevê o art. 241 da Constituição de 1991, o qual estabelece que “Ao Tribunal Constitucional é confiada a salvaguarda da integridade e supremacia da Constituição, nos termos estritos e precisos deste artigo”^{20 21}.

²⁰ “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo” (tradução nossa).

²¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/constitucion_politica_de_la_republica_de_colombia_organized.pdf> . Acesso em: 04/10/2024.

Para complementar a nova era de supremacia constitucional colombiana, destacamos o texto da Constituição de 1991 - vigente até os dias atuais - que prevê já em seu art. 4º a supremacia das normas constitucionais: “A Constituição é a norma das normas. Em todo caso de incompatibilidade entre a Constituição e outra lei ou outra norma jurídica, serão aplicadas as disposições constitucionais”^{22 23}.

A influência kelseniana é evidente. Contudo, como veremos em seguida, apesar do impacto marcante do controle austríaco com a Corte Constitucional, nós entendemos que o modelo adotado pela Colômbia, com base nos conceitos supramencionados, é o modelo difuso, já que, ainda que a Corte Constitucional se manifeste como um instituto do modelo concentrado, a atuação de outras Cortes no controle de constitucionalidade foi mantida.

O Conselho de Estado exerce o controle ao examinar as ações de inconstitucionalidade contra os decretos produzidos pelo Governo Nacional. Também prevê a Constituição em seu art. 86²⁴ que os juízes são encarregados de julgar ações de tutela de direitos constitucionais fundamentais (Silva, 2014, p. 193). Ou seja, é perceptível a atuação de outros órgãos judiciais no que se refere ao controle de constitucionalidade em ações e processos judiciais. Ainda assim, a Corte Constitucional possui atuação hegemônica em matéria constitucional.

3.2 A CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E SUAS ATRIBUIÇÕES SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO DE 1991

Dessa forma, a Carta Política Colombiana de 1991 estabelece (art. 239)²⁵ que a Corte Constitucional será composta por um número ímpar de membros, com a designação de

²² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/constitucion_politica_de_la_republica_de_colombia_organized.pdf> . Acesso em: 04/10/2024.

²³ “Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (tradução nossa).

²⁴ Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. [...] (COLOMBIA. Constitución (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, 1991).

²⁵ Artículo 239. La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho. Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas temas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de

magistrados que pertençam às mais diversas especialidades do direito, sendo estes eleitos pelo Senado para períodos individuais de oito anos, através de listas apresentadas pelo Presidente da República, pela Corte Suprema de Justicia e pelo Conselho de Estado. É importante mencionar que não está prevista a reeleição para os magistrados da Corte.

Já o art. 241²⁶ da Carta delimita claramente as atribuições da Corte Constitucional, entre as quais se destacam decidir sobre (1) as demandas de inconstitucionalidade promovidas pelos cidadãos contra atos de reforma à Constituição; (2) contra as leis, seja pelo conteúdo material ou por vícios de procedimento; (3) decidir sobre a constitucionalidade de decretos legislativos; (4) revisar as decisões judiciais relacionadas com a tutela de direitos constitucionais e (5) decidir de forma definitiva sobre a aplicabilidade dos tratados internacionais.

É interessante notar, ainda, o papel de destaque atribuído aos cidadãos, aos quais é dada a possibilidade de ajuizar as ações públicas previstas no art. 241. Conforme dispõe o art. 242²⁷,

Justicia y el Consejo de Estado. Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos (COLOMBIA. Constitución (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, 1991).

²⁶ Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución. 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. 11. Acto Legislativo 02 de 2015. Artículo 14. Agréguese un numeral 12 y modifíquese el 11 del artículo 241 de la Constitución Política los cuales quedarán así: 11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones. 12. Darse su propio reglamento. Parágrafo. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto (COLOMBIA. Constitución (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, 1991).

²⁷ Artículo 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: 1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas

a qualquer cidadão está autorizado o exercício dessas ações, e até mesmo atuar como impugnador ou defensor das normas submetidas ao controle de constitucionalidade. Esse artigo ainda indica a exigência de que o procurador-geral da nação atue em todos os processos. Também determina que a Corte terá o prazo de sessenta dias para decidir, e o procurador-geral terá trinta dias para se manifestar.

Interessante destacarmos também que o art. 243²⁸ da Carta determina que as decisões que a Corte Constitucional emita ao exercer o controle jurisdiccional terão o *status* de coisa julgada constitucional. Assim, enquanto existirem na Carta os dispositivos utilizados para confrontar a norma ordinária com a Constituição, o conteúdo material do ato declarado inconstitucional não poderá ser reproduzido por nenhuma outra autoridade. Também é possibilitado à Corte apresentar uma interpretação da norma ou ato em análise que seja constitucionalmente cabível, emprestando uma sentença interpretativa ao invés da declaração de inconstitucionalidade por si (Silva, 2014, p. 194).

Como mencionado, a possibilidade de que o próprio cidadão participe ativamente da propositura de ações de inconstitucionalidade, bem como as defenda ou as impugne, é de fato um mecanismo estrangeiro ao nosso sistema brasileiro. Não somente isso, mas a Constituição Colombiana prevê a ação pública de inconstitucionalidade (*acción pública de inconstitucionalidad*), dispondo o art. 40, item 6²⁹ que todo cidadão tem o direito de interpor ações públicas em defesa da Constituição e da lei.

sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública. 2. El Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos. 3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto. 4. De ordinario, la Corte dispondrá del término de sesenta días para decidir, y el Procurador General de la Nación, de treinta para rendir concepto. 5. En los procesos a que se refiere el numeral 7 del artículo anterior, los términos ordinarios se reducirán a una tercera parte y su incumplimiento es causal de mala conducta, que será sancionada conforme a la ley (COLOMBIA. Constitución (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, 1991).

²⁸ Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución (COLOMBIA. Constitución (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, 1991).

²⁹ Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido. 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. **6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.** 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública. 6. Interponer

Conforme explica Paulo Maycon Costa da Silva, a ação pública de inconstitucionalidade possibilita a todo cidadão colombiano a propositura de demanda perante o Tribunal Constitucional para analisar qualquer lei ou decreto com força de lei que entenda ser inconstitucional, sem que seja necessária a comprovação de vínculo processual ou de interesse particular (Silva, 2014, p. 197). Trata-se de uma ação que incorpora ideais da democracia direta, autorizando a ativa participação da população no controle de constitucionalidade, inclusive no que se refere ao controle abstrato das normas.

O Decreto nº 2.067 de 1991 dispõe sobre o regime procedimental dos julgamentos e das ações que devam ser realizadas perante o tribunal constitucional. Especificamente em seu artigo 2º³⁰, o Decreto prevê sobre o procedimento de propositura das ações públicas de inconstitucionalidade, determinando que essas ações serão propostas por escrito, em via dupla, contendo a designação das normas acusadas de inconstitucionalidade, transcritas de forma literal, bem como a sinalização das normas constitucionais consideradas infringidas, e as razões pelas quais esses textos estão sendo violados e pelas quais a Corte é competente para analisar a demanda.

É interessante traçarmos um breve paralelo entre o instituto supracitado e o cenário brasileiro, que não tem a previsão de uma intervenção feita diretamente pelo cidadão. Em nossa democracia, o rol taxativo do art. 103 da Constituição Federal de 1988 prevê especificamente quais órgãos e pessoas podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Ou seja, nós observamos a participação do cidadão brasileiro apenas de forma indireta por meio de órgãos representativos, tais como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados; os representantes eleitos pelo povo para ocupar os cargos na presidência, no Senado e no Congresso; os partidos políticos que tenham representação e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (Brasil, 1988).

Discute-se a viabilidade de uma ação proposta diretamente pelo cidadão à Corte Constitucional, tendo em vista o consequente aumento do acervo processual a ser analisado

acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley (COLOMBIA. Constitución (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, 1991) (grifo nosso).

³⁰ Artículo 2º Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda (COLOMBIA. Decreto nº 2067. Bogotá, 1991).

pelo Tribunal. Enquanto, de um lado, cogita-se a possibilidade de uma sobrecarga, de outro, nota-se uma verdadeira participação cidadã, de forma direta e ativa, no exercício do controle de constitucionalidade. De certa forma, a ação pública de inconstitucionalidade pode ser vista como uma forma de conceder ao cidadão colombiano efetivo acesso à justiça e à participação política, sendo um instrumento de vanguarda que acompanha a justiça constitucional colombiana desde o início do século XX (Silva, 2014, p.202).

Ainda, é necessário destacarmos brevemente a acción de tutela, instituto criado por meio da Constituição de 1991, a qual prevê em seu artigo 86³¹ que toda pessoa poderá opor a ação de tutela para requerer a proteção imediata de seus direitos fundamentais quando estes sejam violados pela ação ou omissão de qualquer autoridade estatal, com a delimitação de que a ação seja apresentada quando a pessoa afetada não disponha de outro meio de defesa judicial. Analisaremos a efetividade prática desse instituto no próximo tópico, ao nos aprofundarmos no tema da judicialização da saúde na Colômbia.

3.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA COLÔMBIA

Ao analisarmos a história da justiça constitucional colombiana, notamos um papel de protagonismo das Cortes, inclusive e principalmente, na perspectiva do contexto histórico-político do país. Os institutos brevemente analisados, como a ação pública de inconstitucionalidade e a ação de tutela, comprovam esse papel protagonista exercido pela justiça colombiana. A Corte Constitucional solidifica essa ideia e, como veremos em seguida, passa a atuar de uma forma ativa na garantia da Constituição e na efetivação de direitos fundamentais.

A verdade é que o caso da justiça constitucional colombiana se manifesta como um dos casos mais paradigmáticos no que se refere à atuação constitucional, ao controle de

³¹ Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (COLOMBIA. Decreto nº 2067. Bogotá, 1991).

constitucionalidade e judicial exercidos, ao papel dos cidadãos, combinado a um contexto político e social democraticamente instável - com a presença de governos autoritários ao longo de sua história -; marcado pela violência e pela desigualdade. Não podemos deixar de notar que é um contexto tipicamente latino-americano, e que evidentemente possui muitas similaridades com o Brasil, seja pela localização geográfica próxima, seja pelo passado tumultuado por dominações e instabilidades. Ainda assim, os institutos trazidos pelo judiciário colombiano surgem como paradigmas de uma atuação extremamente ativa e expansiva.

Para compreendermos as especificidades do caso colombiano, primeiramente é necessário entendermos o fenômeno da judicialização da política, em que assuntos que são tradicionalmente do campo da política passam a ocupar o campo do Direito, sendo decididos cada vez mais, e em maior medida, pelo judiciário (Meira; Santana; Luz, 2020, p. 558). Necessário diferenciar, ainda, a judicialização do ativismo judicial. Cláudia Toledo entende o ativismo judicial como uma intervenção excessiva do poder judiciário fora do âmbito de sua competência originária (Toledo, 2022, p. 387). Ou seja, o judiciário passa a trazer para si as responsabilidades que originalmente seriam exclusivamente do poder legislativo ou executivo.

A ideia da judicialização da política é tema amplamente discutido no campo das Ciências Sociais, já que o judiciário passa a ter um papel mais atuante em temas políticos, inclusive no que se refere a políticas públicas que buscam a efetivação de direitos fundamentais. Nota-se que há de fato uma transferência de domínio, o que leva os estudiosos a tentarem compreender os impactos democráticos desse fenômeno.

Dentro disso, Rodrigo Uprminy Yepes aponta alguns elementos que influem na judicialização, tanto na Colômbia, como em outros países, tais como (1) o desencanto com a política, demandando do judiciário uma posição para problemas que originalmente deveriam ser debatidos no campo político; (2) o desejo de certos atores políticos em despolitizar temas sensíveis, na tentativa de prosseguir com discussões que talvez tenham sido rechaçadas em outros poderes ou até mesmo de se desincubar da responsabilidade da decisão final; (3) também influi o esforço para fortalecer e trazer independência ao poder judiciário, como figura primordial à democracia e ao Estado Democrático de Direito (Yepes, 2007, p. 61).

Yepes ainda aponta como fator importante o surgimento do neoconstitucionalismo em muitos países, com constituições que apresentam uma lista extensa de direitos fundamentais e que preveem sistemas de justiça constitucional para efetivarem e garantirem esses direitos, dando à essas Cortes, por meio do controle de constitucionalidade, a possibilidade de invalidar

decisões legislativas e governamentais, e também possibilitando a atuação dos cidadãos e de grupos sociais. A judicialização ainda é reforçada pelo fortalecimento dos mecanismos internacionais de direitos humanos, que fomentam as discussões em relação à proteção e efetivação dos direitos constitucionalmente previstos (Yepes, 2007, p. 61-62).

Além da perspectiva apresentada, são analisados também aspectos específicos da Colômbia que podem ter contribuído para uma atuação mais ativa do judiciário em matérias políticas, tais como a forma como o presidencialismo é exercido no país - já que ao presidente eleito normalmente é dado extremo poder pelo apoio histórico da maioria dos congressistas - o que, conseqüentemente, faz com que a agenda adotada pelo Congresso seja àquela do presidente. Nesse caso, a minoria do Congresso, que tende a “perder as batalhas” legislativas, passa a levar as questões para a Corte. Assim, os cidadãos colombianos e as organizações sociais passam a recorrer ao tribunal constitucional para que seja exercido um controle das políticas governamentais realizadas, se apoiando em argumentos puramente constitucionais e afastando-se dos argumentos políticos (Cepeda-Espinosa, 2004, p. 680-681).

Igualmente, considera-se a falta de credibilidade que a classe política como um todo tem entre os cidadãos colombianos. Criou-se um contexto em que a população não enxerga as leis como a representação do aval da sociedade ou da maioria política. Também é um fator o uso da violência para solucionar conflitos diariamente no país. Fato é que a violência na Colômbia é generalizada, fazendo parte de sua história e afetando diretamente a política, o que torna os poderes executivo e legislativo ineficientes para a solução de conflitos. Conseqüentemente, o judiciário passa a assumir as questões que não são solucionadas pelos demais mecanismos do país (Cepeda-Espinosa, 2004, p. 681-682).

Assim, desde as primeiras sentenças da Corte Constitucional, seu papel como executora da Constituição e garantidora dos valores nela explicitados de liberdade e justiça social se manifestou de forma significativa. A Corte assumiu um papel progressista em suas decisões, ao contrário do setor político, de forma a seguir com o disposto na Carta, se transformando na única mantenedora do projeto constituinte. Além disso, a própria tradição colombiana de respeito às formas constitucionais, como vimos na primeira parte deste capítulo, bem como o comportamento de independência do judiciário, favoreceram uma presença maior do fenômeno da judicialização na Colômbia (Yepes, 2007, p. 64).

Ainda, existem outros fatores que demonstram a razão da Corte Constitucional Colombiana ser considerada uma das mais protagonistas do mundo, analisando a própria forma

de composição da Corte e as previsões de atuação prevista na Constituição. Fatores como os mecanismos de escolha dos juízes, que serão escolhidos pelo Senado Federal a partir das listas enviadas pelo chefe do executivo, pelo Conselho de Estado e pela Corte Suprema, ou seja, serão escolhidos diretamente pelos representantes da vontade do povo, determinam uma maior legitimidade democrática aos membros da Corte (Araújo; Barbosa; Marques, 2018, p. 272).

Diante disso, é interessante percebermos, com base nos apontamentos feitos anteriormente neste capítulo sobre a Constituição de 1991, que a amplitude de direitos e garantias fundamentais previstos na Carta, assim como a abrangência de atuação da Corte Constitucional e o poder dado ao cidadão colombiano, notoriamente por meio da ação pública de inconstitucionalidade e da ação de tutela, são fatores que, em nossa concepção, possibilitam a atuação ativa e abrangente do judiciário. Contudo, conforme entendemos no presente estudo, a judicialização em si não é necessariamente negativa ou positiva, é de fato um fenômeno pertencente a muitas democracias que veem no papel das Cortes Constitucionais a possibilidade de suprir os déficits, por uma razão ou outra, dos demais poderes.

A verdade é que o comportamento ativista aponta para um desequilíbrio entre os poderes, já que o judiciário passa a atender as demandas relacionadas aos direitos fundamentais que, idealmente, deveriam ser cobradas do executivo e do legislativo. Assim, a atuação ativista torna-se uma preocupação quando não existe mais um limite que contenha a atuação do Poder Judiciário, o que, não somente pode gerar um domínio excessivo e muitas vezes superar os limites de atuação democraticamente impostos, como também pode torná-lo isento das responsabilidades exigidas em um Estado Democrático de Direito (Araújo; Barbosa; Marques, 2018, p.272).

Outrossim, a judicialização pode trazer uma descrença nos princípios democráticos, já que a atuação constante do judiciário na solução de problemas sociais complexos traz à tona a crença de que todas as questões políticas podem ser levados diretamente à justiça, e não solucionadas por meio da participação democrática, atribuindo menos força e importância ao papel democrático dos demais poderes, que são, em verdade, representantes escolhidos pela população (Yepes, 2007, p. 67).

Em contrapartida, a judicialização relaciona-se diretamente com o caráter de importância atribuído aos direitos fundamentais que, enquanto pressupostos essenciais da democracia, devem ser garantidos, sendo a Corte Constitucional a guardiã desses direitos, e sendo papel dos juízes proteger sua fundamentalidade. Assim, existe uma legitimidade

intrínseca aos tribunais constitucionais que se relaciona diretamente com a necessidade de proteger o Estado Democrático de Direito, principalmente nos casos de atuação deficiente dos demais poderes (Yepes, 2007, p. 65).

Dentro disso, é necessário traçarmos um breve paralelo com as formas que o fenômeno da judicialização toma no Brasil. Da nossa parte, entendemos que alguns elementos que justificam a sua ascensão na Colômbia também podem ser atribuídos ao Brasil, como a existência de um Tribunal Constitucional forte e de comportamentos omissivos ou ineficazes por parte dos demais poderes. Em adição a isso, pesquisadores da área sugerem que o modelo de controle abstrato de constitucionalidade adotado no Brasil é o processo institucional que tem aproximado o país da judicialização da política (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 2014, p. 47).

Os pesquisadores destacam que o contexto político do Brasil do cenário pós-constituente favoreceu a expressão concentrada na vontade da maioria no Congresso. A possibilidade de que partidos e sindicatos também se tornassem intérpretes da Constituição surge como uma forma de compensar essa fórmula brasileira do presidencialismo de coalizão, atribuindo ao Poder Judiciário a função de aplicar um sistemas de freios e contrapesos dentro do sistema político e reconhecendo os direitos das minorias, tornando a judicialização da política um recurso das minorias frente às maiorias parlamentares (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 2014, p. 51).

No Brasil, nota-se um comportamento do Supremo Tribunal Federal (STF) de redirecionar sua posição como um coadjuvante da produção legislativa, tornando-se um “ativo guardião da carta constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 2014, p. 53), o que dialoga diretamente com o comportamento que tem sido adotado pelo Tribunal Constitucional da Colômbia desde sua constituição. São comportamentos similares adotados em ambos os países que demonstram um desejo de prevalência e efetivação dos direitos fundamentais.

Como podemos observar, a judicialização da política é um tema complexo e que impacta diretamente o que se entende por democracia e pelo papel dos poderes democráticos. O que se pretende no presente trabalho não é necessariamente tomar um lado nos méritos e deméritos da judicialização, mas entender brevemente esse fenômeno e compreender seus impactos na realidade, suas causas e justificativas, diferenciando-o do ativismo judicial, para que possamos compreender posteriormente a forma como as decisões da Corte Constitucional se constroem e a razão de ser do seu papel protagonista e ativo no que se refere aos direitos fundamentais, mais especificamente em relação ao direito à saúde.

3.4 A CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À SAÚDE

Com base no que vimos até o momento neste capítulo, a Carta de 1991 apresentou extensa previsão dos direitos fundamentais. Com o movimento neoconstitucionalista e com a força da Corte Constitucional, decisões pioneiras voltadas aos direitos humanos passam a ocupar o contexto colombiano, ainda que a realidade social de violência e desigualdades tenha mudado pouco.

Assim, os direitos humanos deixam de ser uma promessa constitucional para se tornarem poderes reais pertencentes aos cidadãos, podendo eles serem imediatamente executáveis pela própria população para sua proteção e garantia. O papel de relevância dado aos direitos fundamentais é notável pela forma como eles foram igualados ao empoderamento individual e descritos como condição para a mudança da sociedade colombiana (Cepeda-Espinosa, 2004, p. 576). A compreensão do empoderamento do cidadão comum demonstra a intenção de que haja uma redistribuição de poder do tradicional e privilegiado para a pessoa comum, e é a partir disso que a Corte Constitucional passa a se destacar em decisões relevantes no campo dos direitos humanos (Cepeda-Espinosa, 2004, p. 577).

Dentro disso, Manoel José Cepeda-Espinosa destaca que um dos maiores desafios que podem ser enfrentados pelo tribunal constitucional é fazer com que as disposições legais dos direitos fundamentais sejam cumpridas, considerando as dificuldades de equilibrar interesses conflitantes na realidade. O autor apresenta alguns questionamentos que devem ser feitos pelos juízes, como as reais limitações desses direitos e até onde eles podem se estender; a sua correlação com outros valores protegidos pela Constituição; qual o significado de possuir um direito dentro das condições apresentadas no caso concreto; e, principalmente, onde traçar a linha de garantias e quais critérios objetivos utilizar (2004, p. 577).

Aqui fazemos um traçado direto com a Teoria da Argumentação Jurídica e a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, apresentadas no capítulo 02. Com base no entendimento de Cepeda-Espinosa, notamos que os tribunais encontram como mecanismo de solução de conflitos em direitos fundamentais a aplicação da máxima da proporcionalidade, as respostas aos questionamentos a serem feitos pelos juízes quando deparam-se com casos difíceis determinam até onde um direito pode ser garantido ou delimitado no caso concreto analisado

(Alexy, 2008). Os critérios objetivos a serem utilizados terão como base e suporte os argumentos do discurso prático geral e do discurso jurídico (Alexy, 2011). Esse sistema que combina sopesamento de princípios com uma construção argumentativa racional permite uma coesão maior nas decisões que analisam direitos fundamentais. Não somente isso, mas, como vimos, o diálogo será essencial para a construção de uma decisão rica.

A Constituição Colombiana prevê em seu artigo 93³² que prevalecem no ordenamento interno os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Congresso, que não somente reconheçam os direitos humanos, mas também proibam sua limitação em estados de exceção. Ainda, o dispositivo prevê que os direitos e deveres dispostos na Carta serão interpretados conforme os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia. Em complemento, o artigo 94³³ dispõe que o rol dos direitos e garantias explicitados nesses tratados e na própria Constituição não é taxativo, ou seja, não se deve entender como uma rejeição de outros direitos inerentes à pessoa humana que não estejam expressamente previstos nessas disposições.

Assim, tanto os direitos fundamentais previstos na Constituição Colombiana, quanto os direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Congresso, comporão o bloco de constitucionalidade, que é entendido como o conjunto dessas normas de nível constitucional que obtém essa classificação por ordem da própria Carta (Arbeláez, 2006, p. 206).

Dentro disso, destaca-se a relevância dada ao direito à saúde à medida dos anos e das decisões da Corte Constitucional até a atualidade. Na Colômbia, o conceito de direito à saúde e o seu entendimento como direito fundamental não se consolidou de imediato com a Constituição de 1991, tendo atravessado inúmeras discussões até 2008, com a Sentencia C760, que consolidou as bases para a Lei Estatutária 1.751 de 2015, que passa a definir o direito à saúde como um direito fundamental a ser garantido. Nesse ponto, verificaremos o papel de destaque que a Corte Constitucional teve na efetivação do direito à saúde como um direito

³² Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (...) (COLOMBIA. Constitución (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, 1991).

³³ Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. (COLOMBIA. Constitución (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, 1991).

reconhecidamente fundamental, e o consequente aumento da judicialização da saúde na Colômbia, bem como a dificuldade de protegê-lo em casos concretos devido às diferentes categorizações desse direito dentro do Estado Colombiano.

A Defensoria del Pueblo da Colômbia, atualmente, define direito à saúde como um direito fundamental que contém prestações de ordem econômica que objetivam garanti-lo efetivamente na realidade. O direito à saúde é prestado pelo Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), sendo obrigação do Estado proporcionar aos cidadãos colombianos os recursos físicos e humanos para gozarem de um estado de saúde íntegro, estando intrinsecamente relacionado com a dignidade da pessoa humana.³⁴

Adicionalmente, a Constituição Colombiana prevê, em seu artigo 49³⁵, que o direito à saúde é um serviço público sob responsabilidade do Estado, sendo garantido a todas as pessoas o acesso aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde. Também prevê o dever do Estado em organizar, regulamentar e dirigir a prestação dos serviços de saúde aos habitantes, de acordo com os princípios da eficiência, solidariedade e universalidade. Interessante destacar que, pela divisão feita pela própria Constituição, o direito à saúde é considerado um direito de segunda geração, estando inserido no rol dos direitos sociais, culturais e econômicos.

Contudo, a dificuldade em classificá-lo foi objeto de extensa discussão ao longo dos anos, tendo gerado um aumento da judicialização do tema, como forma da população buscar sua garantia e efetivação. A verdade é que a compreensão do direito à saúde como direito fundamental não se consolidou imediatamente com a Constituição de 1991, até mesmo pela sua colocação como direito de segunda geração. A discussão sobre a natureza jurídica desse direito tornou-se de importância extrema na medida em que é a partir do seu enquadramento que se determina a sua exigibilidade jurídica que, no caso colombiano, veremos se manifestar principalmente por meio da ação de tutela analisada anteriormente (Arbeláez, 2006, p. 207).

³⁴ COLOMBIA, Defensoria del Pueblo. Principales reglas de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud en Colombia. 2023. Disponível: <
<https://www.corteconstitucional.gov.co/transparencia/publicaciones/Obra-reglas-jurisprudenciales-del-derecho-a-la-salud-en-Colombia.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2024

³⁵ Artículo 49. Acto Legislativo No. 02 de 2009, artículo 1. El artículo 49 de la Constitución Política quedará así: La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...) (COLOMBIA. Constitución (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, 1991).

Quanto às consequências da ausência de uma definição concreta no sistema jurídico colombiano, destacamos aqui o informe disponibilizado pela Defensoría del Pueblo em 2014 com atualizações sobre a tutela e o direito à saúde. A Defensoría constatou que mais de um terço das ações de tutela na Colômbia foram ajuizadas para reivindicar o direito à saúde, sendo que, dessas ações de tutela, 77% foram ajuizadas contra as entidades seguradoras do SGSSS. Ainda, a investigação indica que cerca de mil ações de tutela são ajuizadas anualmente pela população carcerária para que tenham acesso à saúde, principalmente nos casos de cirurgia; enquanto 20,1% dessas ações são para solicitação de exames clínicos; 18,4% para medicamentos e 17,6% para cirurgias, sendo que, em 2005, os pedidos de medicamento foram os mais repetidos. É interessante mencionar que o informe disponibilizado pela Defensoría em 2004 concluiu a violação quase que generalizada do direito à saúde³⁶.

Já o informe disponibilizado pela Defensoría del Pueblo referente ao ano de 2019 demonstra que 33,43% das ações de tutela interpostas naquele ano tratam da proteção do direito fundamental à saúde, ou seja, constataram que a cada 34 segundos um cidadão colombiano interpôs uma ação de tutela em busca da garantia desse direito. Diante desses dados, a Defensoría concluiu a existência de uma violação sistêmica e reiterada pelas entidades encarregadas de garantir esse direito. Segundo o que expõe, os dados encontrados demonstram a pouca capacidade do Estado de controlar e inspecionar os integrantes do SGSSS. Destacam, ainda, que a Lei Estatutária 1.715/2015, após 5 (cinco) anos de vigência, não foi capaz de satisfazer as expectativas da população³⁷.

No informe de 2023, a Defensoría del Pueblo indicou que das 633.475 ações de tutela interpostas, 197.765 relacionavam-se ao direito à saúde, significando o terceiro maior número desde a instauração da ação de tutela pela Constituição de 1991. Não somente isso, mas houve um aumento de ações relacionadas à saúde de 26,44% se comparadas aos dados de 2022. Novamente a Defensoría concluiu que o direito à saúde é um dos direitos fundamentais mais violados na Colômbia, sendo o segundo maior motivo de interposição das ações de tutela.³⁸

É importante destacar, como vimos anteriormente, que a judicialização é consequência de uma série de comportamentos, ações e não-ações do Estado. Ao verificarmos o contexto

³⁶ Disponível em: < <https://www.defensoria.gov.co/-/informe-defensorial-sobre-la-tutela-y-el-derecho-a-la-salud> >. Acesso em: 27 out. 2024

³⁷ Disponível em: < <https://www.defensoria.gov.co/-/la-tutela-y-los-derechos-a-la-salud-y-a-la-seguridad-social-14%C2%B0-edici%C3%B3n> >. Acesso em: 29 out. 2024

³⁸ Disponível em: < <https://www.defensoria.gov.co/-/por-vulneraci%C3%B3n-del-derecho-a-la-salud-los-colombianos-presentaron-cerca-de-198.000-tutelas-durante-el-2023> >. Acesso em: 29 out. 2024

social e histórico de países como Brasil e Colômbia, notamos que as políticas econômicas de austeridade e orientadas ao mercado são priorizadas em detrimento das políticas públicas voltadas à efetivação do direito à saúde. Em consequência, o Judiciário, fortalecido por meio das novas Constituições, surge como uma alternativa viável para a concretização desses direitos, o que explica, em alguma medida, o aumento das ações judiciais envolvendo prestações de serviços de saúde (D'Ávila; Andrade; Aith, 2020, p. 08).

Rojas e Perilla apontam que a proteção judicial da saúde se torna um dos efeitos simbólicos mais importantes em matéria de litígio de saúde, já que possibilita à sociedade que se exija do Estado o cumprimento de suas obrigações constitucionais. Assim, entendem que esse efeito transforma o litígio em saúde no próprio exercício da democracia, entendendo que a reclamação judicial de um direito constitucional é uma ação política e democrática (2021, p. 06).

Assim, a proteção judicial à saúde contribui para uma mudança nas normas e nas políticas públicas no geral, ocasionando transformações inclusive no desenho dessas políticas. Um dos maiores exemplos é a Sentencia C760 de 2008, que determinou uma série de reformas no sistema de saúde colombiano, tendo como foco a igualdade dos planos de benefícios e o aumento da cobertura de segurados (Rojas; Perrilla, 2021, p. 05).

Dentro desse contexto, com a Sentencia C760/08, a Corte Constitucional apresenta uma interpretação do direito à saúde que abre espaço para sua maior efetivação. Diana Tello aponta que, para compreendê-lo como um direito a ser fundamentalmente protegido, a Corte o conecta diretamente com os direitos à vida, à dignidade e à integridade da pessoa humana, delimitando o seu núcleo essencial. Também reconhece sua fundamentalidade nos casos em que a pessoa a ser protegida é sujeito especial de direito, e também o compreendendo como um direito básico previsto no bloco de constitucionalidade (2016, p.148).

A Corte justifica seu entendimento a partir da percepção de que a saúde está diretamente relacionada com a dignidade da pessoa humana e, portanto, é um direito fundamental essencial na materialização de uma vida digna, integrante e integradora de outros direitos. Nota-se que a jurisprudência da Corte demonstra que o tratamento dado aos direitos fundamentais desdobra-se no entendimento do princípio da dignidade humana como norma fundadora do sistema jurídico como um todo e, assim, a saúde é um direito fundamental e autônomo na medida em que o seu núcleo essencial é justamente a dignidade da pessoa humana como essencial à vida (Rojas; Perrilla, 2021, p. 05).

É interessante perceber que a Corte não definiu naquele momento o conteúdo do direito fundamental à saúde, mas deixou claro que o reconhecimento de um direito fundamental não necessariamente implica em sua exigibilidade absoluta, defendendo a aplicação de critérios de aplicabilidade pautados na razoabilidade e na proporcionalidade (Tello, 2016, p.151-152).

Novamente destacamos que não se discute aqui propriamente os méritos e deméritos da judicialização, o que apresentamos é a realidade de uma país que, assim como o Brasil, falha em construir políticas públicas voltadas ao direito à saúde que, em maior ou menor medida, impactam os números da judicialização da saúde. Diante do exposto, a realidade é clara em comprovar a dependência judicial que a população colombiana tem para buscar a efetivação do direito à saúde. A Corte, muitas vezes, torna-se a alternativa mais viável e efetiva para a falta dos demais poderes.

Nesse ponto, ressaltamos que uma possibilidade nos casos de litígio à saúde é o próprio estabelecimento de diálogos institucionais, já que é evidente que o judiciário não possuirá conhecimento técnico e científico elaborado para analisar, na maioria das vezes, decisões individuais sobre temas específicos em saúde. Surge aqui um diálogo com especialistas e cientistas da área, que enriqueceria a fundamentação das sentenças e traria maior coerência às decisões, tendo em vista a complexidade da área (Ávila; Melo, 2018, p. 99).

Por isso, Rojas e Perilla pontuam que o efeito positivo do litígio em saúde seria a função garantista e protecionista da Corte, e que o efeito negativo, evidentemente, seria a substituição das funções do Estado pelo poder judiciário, e que, apesar do litígio objetivar a materialização do direito à saúde, a sua existência por si torna-se um obstáculo para o acesso à saúde, já que será efetivo para aqueles que buscam a justiça, mas não atingirá aqueles que não o fazem, contribuindo para uma perpétua violação do direito (2006, p. 07).

A Sentencia C760 foi um primeiro passo dado pelo próprio judiciário para a catalogação desse direito como fundamental que, como mencionado, se deu com a Lei 1.751 de 2015. Contudo, Rojas e Perilla ainda apontam que, apesar da Lei de 2015 ser uma consequência positiva do litígio em saúde, e da boa intenção da Sentencia C760/2008, sua abrangência foi limitada, pois poderia ter exigido uma reforma estrutural da Lei 100 de 1993 - a qual criou o sistema de Seguridade Social. As autoras indicam que naquele momento deveria ter sido declarado o “estado de coisas inconstitucional”³⁹ em relação à Lei 100/93, pois existiam

³⁹ “O conceito do estado de coisas inconstitucional (ECI) foi desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana, que, em pelo menos quatro casos, já reconheceu sua existência diante de quadros de violação massiva e generalizada de direitos e garantias fundamentais, por ação e omissão de diversos órgãos públicos responsáveis

condições para o fazer, devido aos pontos já apresentados, quais sejam as constantes violações do direito; a numerosa quantidade das ações de tutela interpostas e as diferentes instâncias governamentais responsáveis pela efetivação desse direito (Rojas; Perrilla, 2006, p. 07).

Somente em 2015 é promulgada a Ley Estatutaria 1.751, que passa a reconhecer definitivamente o direito à saúde como um direito fundamental, tendo como objeto, conforme previsto em seu artigo 1º, garanti-lo, bem como regulá-lo e estabelecer mecanismos para sua proteção⁴⁰. Enfim, com a previsão do artigo 2º⁴¹, tem-se determinada definitivamente a natureza jurídica, bem como o conteúdo desse direito, ficando determinado que é um direito fundamental autônomo e irrenunciável, tanto individualmente, quanto coletivamente.

Observamos aqui que os altos índices de judicialização da saúde influenciaram de forma decisiva a promulgação da Lei supramencionada, materializando-se em uma demonstração prática dos diálogos interinstitucionais mencionados no capítulo 2.

Ainda assim, mesmo com a evolução do reconhecimento da natureza jurídica do direito à saúde que, como vimos, foi intensamente influenciada pela atuação da Corte Constitucional Colombiana e com a Lei de 2015, as violações ao direito à saúde permanecem na Colômbia, como pudemos ver pelos próprios dados apresentados nos informes da Defensoría del Pueblo. Nota-se que a lei por si só não será suficiente para materializar o direito que se busca proteger. Ainda que o status de direito fundamental seja claro do ponto de vista da Sentencia C760 e da Lei 1.751, a visão não é congruente com o atual sistema de saúde colombiano, que se pauta em uma visão econômica e em uma perspectiva individualizada do direito à saúde (Rojas; Perrilla, 2021, p. 07-09).

Assim, a breve exposição realizada neste capítulo sobre a criação e consolidação da Corte Constitucional, bem como sobre o direito à saúde na Colômbia, tem como objetivo fundamentar a análise a ser realizada no próximo capítulo sobre as decisões proferidas por essa

por sua tutela”. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-jul-30/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-esperamos-adpf/>> Acesso em: 12 nov. 2024.

⁴⁰ Artículo 1º. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección. (COLOMBIA. Ley Estatutaria 1.751. Bogotá, 2015).

⁴¹ Artículo 2º. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado. (COLOMBIA. Ley Estatutaria 1.751. Bogotá, 2015).

mesma Corte em um espaço de tempo delimitado durante a pandemia da covid-19, embasando nosso estudo sobre a atuação do judiciário colombiano em matéria de direito à saúde. A verdade é que compreender o ponto de vista da Corte em relação a decisões que envolvem saúde antes da pandemia nos permite entender a forma como o direito à saúde foi efetivado e garantido pela justiça colombiana.

4 O IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NAS DECISÕES DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Antes de analisarmos especificamente nossa pesquisa empírica e seus resultados, é importante que conheçamos o pano de fundo por trás das decisões estudadas, ou seja, como se deu a pandemia da covid-19 na Colômbia. Como mencionado anteriormente, a Colômbia é um país de grandes instabilidades políticas e desigualdade socioeconômica. Pode-se dizer que esse cenário de instabilidade é afetado diretamente pelo narcotráfico e pela consequente violência que permeia a realidade do país.

O país caribenho enfrentou uma Guerra Civil iniciada entre 1964 e 1966 devido à disputa de poder entre liberais, conservadores e socialistas. Dessa guerra surgem as guerrilhas organizadas, dentre elas as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) e o Exército de Libertação Nacional (ELN). Os resultados desse evento foram desastrosos, com 260 mil mortos; 45 mil desaparecidos e 6,9 milhões de deslocados. Somente em 2016 o governo colombiano conseguiu realizar um acordo de paz com a FARC, mas o mesmo não aconteceu com a ELN. Adiciona-se a isso o fato notoriamente conhecido de que o país é o principal produtor de cocaína do mundo, possuindo as mais poderosas facções de narcotráfico.⁴²

Essa realidade é somente um dos fatores que agravaram a crise sanitária no país. Segundo dados do Banco Mundial⁴³, a população colombiana em 2023 era de 52.321.152 de habitantes. Já segundo os dados fornecidos pela Universidade Johns Hopkins dos Estados Unidos da América⁴⁴ - entre o início da coleta de dados pela Universidade em 22/01/2020 até o seu fim em 10/03/2023 - a Colômbia apresentou 6.359.093 de casos de contaminação pelo vírus da covid-19 confirmados, com 142.339 mortes confirmadas pelo vírus, apresentando a taxa de 279,74 mortes a cada 100.000 pessoas. Ainda, segundo o instituto de pesquisa, foram 90.210.929 doses administradas de vacina, com 42.959.468 pessoas recebendo apenas uma dose, ou seja, 84,43% da população total do país.

Além disso, possuindo fronteira com a Venezuela, o país lida com a crise de refugiados venezuelanos desde 2017. Estima-se que as migrações se iniciaram em 2015, quando o país registrou a entrada de 48.714 de venezuelanos, mas foi em 2017 que os números cresceram

⁴² Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2019/07/colombia-cinco-fatos-para-conhecer-o-pais.html>> . Acesso em: 8 mai. 2024

⁴³ Disponível em: <<https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.TOTL?locations=CO>> . Acesso em: 22 fev. 2025

⁴⁴ Disponível em: <<https://coronavirus.jhu.edu/region/colombia>> . Acesso em: 22 fev. 2025

inimaginavelmente, com a chegada de 600 mil refugiados. Em 2019, os números de refugiados venezuelanos já estavam em torno de 1.4 milhões de pessoas.⁴⁵ Os campos de refugiados são locais marcados pela escassez de alimentos, pela superlotação e sem acesso à água potável e saneamento, como indica a ONG Ajuda em Ação.

A situação narrada se espalha pelo país, com uma parte relevante da população colombiana vivendo em situação de extrema pobreza, com poucas condições de higiene e com casas em que vivem várias pessoas em espaços pequenos. A ONG estima que as condições de vida precárias, combinadas a um sistema de saúde inapto para reagir à pandemia, são fatores que indicam o maior grau de vulnerabilidade da população mais pobre durante a crise sanitária.⁴⁶ A pandemia agravou a situação de vulnerabilidade de grande parte da população mais pobre, ampliando a pobreza e a desigualdade social. De 2019 para 2020, o primeiro ano da pandemia, a pobreza na Colômbia cresceu de 36% para 43%. A imposição de longos e rigorosos períodos de confinamento pelo Governo, acompanhando o comportamento de outros países ao redor do mundo, fez com que a informalidade se expandisse juntamente com a pobreza. O Governo criou um programa social de ajuda aos mais vulneráveis, o que se tornou a única renda de muitas famílias durante esse período.⁴⁷

Segundo relatório publicado pelo Banco Mundial em 2021, a pandemia, em somente um ano, foi responsável por ampliar ainda mais as desigualdades já existentes no país, o que poderá gerar um efeito prolongado. O documento indicou que a desigualdade de renda no país é a mais alta entre os integrantes da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a segunda entre as nações da América Latina e do Caribe. Como já constatado, quem mais foi impactado com a pandemia foram os grupos mais vulneráveis, que já se encontravam em situação precária antes do início da crise sanitária. O relatório indica que a renda do grupo que abrange os 10% da população mais rica do país é 11 vezes superior à renda do grupo de 10% das pessoas mais pobres. Ainda, indica que o coeficiente de Gini - índice que mede os níveis de desigualdade de um país - atingiu o patamar 0,54% em 2020. A pandemia impactou o aumento da pobreza extrema em 5,5% no país, com 2,8 milhões de pessoas sem

⁴⁵ Disponível em:

<<https://ajudaemacao.org/noticias/conseguira-a-colombia-travar-o-coronavirus-no-meio-de-uma-crise-de-refugiados/>>. Acesso em: 08 mai. 2024

⁴⁶ Disponível em:

<<https://ajudaemacao.org/noticias/conseguira-a-colombia-travar-o-coronavirus-no-meio-de-uma-crise-de-refugiados/>>. Acesso em: 08 mai. 2024

⁴⁷ Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-05-24/o-dilema-da-colombia-as-raizes-economicas-da-explosao.html>> . Acesso em: 22 fev. 2025

meios para cobrir necessidades básicas alimentares⁴⁸. Também o Banco Mundial apontou a pior recessão dos últimos 60 anos da história do país em 2020, com uma queda no crescimento de 7,2%⁴⁹.

Dentro desse contexto, os pesquisadores Sergio Prada, Maria Paula Garcia-Garcia e Javier Guzman analisaram os erros e acertos da resposta colombiana à pandemia, apontando que o país apresentou uma resposta imediata e robusta à crise, tendo ampliado a capacidade do sistema de saúde; desenhado uma estratégia nacional de vacinação com base na igualdade, inclusão e no mapeamento de riscos e introduzido uma rotação de vacinação flexível e responsiva (2022, p.01). Contudo, apontam que o Governo implementou um período longo e imprevisível de *lockdown* e agiu de forma tardia na aquisição das vacinas da covid-19 (Prada; Garcia-Garcia; Guzman, 2022, p. 01).

Os pesquisadores apontam que o governo colombiano obteve sucesso ao agir rapidamente após o primeiro caso confirmado no país, em 06 de março de 2020, tendo aumentado a capacidade de diagnóstico, com o envolvimento de mais de 100 provedores públicos e particulares, bem como incluindo os testes de diagnóstico de covid-19 no pacote de benefícios de saúde. Além disso, adotou medidas para desacelerar o ritmo de contágio e evitar mortes, com a implementação do *lockdown* nacional em 25 de março de 2020, ganhando tempo para fortalecer o sistema de saúde e aumentar a capacidade das unidades de terapia intensiva (Prada; Garcia-Garcia; Guzman, 2022, p. 02). Também criou o Posto de Comando Unificado (UGP), uma estrutura decisória de resposta à pandemia pelos níveis mais altos do governo, incluindo representantes dos principais ministérios, da academia e do setor privado; diretores de entidades nacionais de emergência; agências do sistema das Nações Unidas e a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS/OMS) (Prada; Garcia-Garcia; Guzman, 2022, p. 02).

Também o sistema de saúde colombiano teve uma atuação essencial para a mitigação de contaminação e mortes por covid-19, com a ampliação de sua capacidade – em infraestrutura e recursos humanos. Por exemplo, até setembro de 2020, o sistema de saúde do país adquiriu em torno de 6.000 novos ventiladores e o número de leitos de UTI aumentou 133,4% entre junho de 2020 a setembro de 2020. Os pesquisadores apontam que o aprimoramento da estrutura da UTI foi primordial para a resposta do governo às três primeiras ondas de covid-19

⁴⁸ Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/efe/2021/10/27/pandemia-ampliou-desigualdade-na-colombia-indica-relatorio-do-banco-mundial.htm>>. Acesso em: 08 mai. 2024

⁴⁹ Disponível em: <<https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?end=2023&locations=CO&start=1961&view=chart>>. Acesso em: 25 mai. 2025

no país. Destacam, ainda, que foram adotadas medidas para ampliar o contingente de profissionais de saúde, com a expedição de decreto pelo poder executivo para autorizar as universidades a formar antecipadamente os estudantes de medicina e residentes no último semestre do curso. Em torno de 2.500 estudantes de medicina foram alistados ao programa obrigatório do serviço social para atuarem como clínicos gerais em zonas rurais carentes (Prada; Garcia-Garcia; Guzman, 2022, p. 03).

Outro acerto do governo colombiano no combate ao vírus foi a estratégia de vacinação nacional, que consistiu em um programa de duas etapas seguindo as recomendações internacionais, no qual a primeira etapa focou na vacinação de grupos de risco e dos trabalhadores da saúde, e a segunda etapa objetivou reduzir a transmissão, vacinando o restante da população. É interessante destacar que o programa de vacinação também incluiu os refugiados venezuelanos (Prada; Garcia-Garcia; Guzman, 2022, p. 03). Para maximizar a taxa de vacinação, considerando a escassez de suprimentos, o Ministro da Saúde ampliou o espaço de vacinação para vacinas com duas doses, possibilitando uma cobertura maior da população com ao menos uma dose, bem como realocou as vacinas de uma dose para áreas remotas e de difícil acesso e incluiu, posteriormente, a dose de reforço no plano de vacinação (Prada; Garcia-Garcia; Guzman, 2022, p. 03).

Em contrapartida, a resposta do Governo colombiano à pandemia apresentou algumas falhas significativas, dentre as quais destacamos um período de *lockdown* maior do que o necessário, causado por uma dificuldade dos governos nacional e subnacionais em estabelecer um curso de ação claro para a reabertura. Nesse ponto, ressaltamos que o índice de rigor do governo colombiano – o qual mede o nível de rigorosidade das respostas de um país à pandemia, em que os níveis mais altos implicam em medidas mais rigorosas – atingiu o nível de 90,74 em maio de 2020, com a aplicação de medidas mais restritivas (Prada; Garcia-Garcia; Guzman, 2022, p. 05).

Além disso, uma segunda falha a destacar foi a aquisição tardia de vacinas, que ocasionou um início tardio e lento do programa de vacinação. As limitações na aquisição de suprimento foram uma causa relevante para o atraso na vacinação, já que o governo colombiano não possuía o poder de compra para competir diretamente com países mais ricos, além de não dispor de disposições legais adequadas para lidar com a pandemia, já que o marco regulatório colombiano não permitia que as autoridades decidissem qual vacina comprar e determinassem o preço de compra sem licitação pública (Prada; Garcia-Garcia; Guzman, 2022, p. 06).

É interessante traçarmos um breve paralelo com o cenário brasileiro da época. Isso, porque apesar dos erros brevemente apontados acima, a atuação do poder executivo colombiano no combate à pandemia foi notoriamente mais efetiva e ativa do que a atuação do governo brasileiro, o que impactou, consequentemente, a atuação dos tribunais constitucionais de ambos os países. A atuação do poder executivo nacional brasileiro foi marcada por conflitos e instabilidades com os outros poderes e com os poderes subnacionais, ocasionando, inclusive, a substituição do Ministro da Saúde por duas vezes nos primeiros 3 (três) meses de pandemia⁵⁰, tendo em vista divergências na tomada de decisões de combate à pandemia.

Segundo dados do Our World In Data⁵¹, a pandemia no Brasil teve uma das piores evoluções no mundo. As divergências dentro do próprio poder executivo nacional ocasionaram um atraso na implementação de medidas restritivas, em especial, o *lockdown*, que sofreu grande oposição dos representantes do executivo nacional e implicou em ações diretas dos poderes executivos subnacionais para implementação do isolamento social. Além disso, foi identificado um significativo atraso na compra de vacinas e, consequentemente, no início da vacinação em comparativo com outros países⁵².

Notamos que a Colômbia, assim como o Brasil, foi notoriamente impactada pela pandemia, principalmente no que se refere à ampliação das desigualdades socioeconômicas e da pobreza extrema no país. O seu histórico de violência, com a existência das guerrilhas armadas, combinado com a crise de refugiados venezuelanos, foram fatores que impactaram fortemente a situação já precária enfrentada pelo país durante a pandemia da covid-19. Contudo, em comparação com o contexto brasileiro, notamos uma atuação mais ativa do poder executivo colombiano no combate à pandemia, marcada por erros e acertos. Assim, entendemos que essa breve contextualização é necessária para compreendermos em qual cenário as sentenças da Corte Constitucional Colombiana foram proferidas, bem como as especificidades do comportamento constitucional nesse país.

4.1 AS DECISÕES DA CORTE CONSTITUCIONAL DURANTE A PANDEMIA: CRITÉRIOS, OBJETIVOS, METODOLOGIA E RESULTADOS

⁵⁰ Disponível em: < <https://pp.nexojournal.com.br/linha-do-tempo/2021/o-primeiro-ano-de-pandemia-no-brasil-em-43-eventos> > . Acesso em: 07 mai. 2025

⁵¹ Disponível em: <https://ourworldindata.org/coronavirus>. Acesso em: 07 mai. 2025

⁵² Disponível em: < <https://pp.nexojournal.com.br/linha-do-tempo/2021/o-primeiro-ano-de-pandemia-no-brasil-em-43-eventos> > . Acesso em: 07 mai. 2025

Como apresentado anteriormente, nosso objetivo principal com a presente pesquisa é analisar a presença de diálogos entre os poderes durante a pandemia da covid-19 na Colômbia. Para isso, realizamos pesquisas bibliográficas e empírico-jurisprudencial com o levantamento das decisões proferidas pela Corte Constitucional Colombiana durante o período de 01/07/2020 a 01/07/2024⁵³.

Para nossa pesquisa, aplicamos os termos de busca com a delimitação temporal supramencionada no site da Corte Constitucional Colombiana⁵⁴. Os termos utilizados em nossa busca foram os seguintes: “covid-19”; “pandemia”; “direito à saúde” (derecho a la salud); “direito à vida” (derecho a la vida); “poder executivo” (poder ejecutivo); “separação de poderes” (separación de poderes) e “medidas administrativas”⁵⁵.

Os termos escolhidos para nossa busca relacionam-se diretamente com o objetivo do nosso trabalho de analisar os diálogos entre poderes e se a separação foi devidamente respeitada. Eles indicam a delimitação do contexto da pandemia (“covid-19” e “pandemia”); a especificidade dos direitos a serem analisados em nosso estudo (“direito à saúde” e “direito à vida”) e a relação dialógica apresentada em nosso marco teórico no capítulo 2 (“separação de poderes” e “medidas administrativas”).

Com a mencionada busca, foram encontradas 16 decisões proferidas pela Corte. No entanto, ao averiguarmos as datas das decisões, percebemos que, mesmo com nossa delimitação temporal, 7 decisões não equivalem à data de início da nossa pesquisa, tendo sido proferidas antes de julho de 2020. Nesse sentido, restaram em nossa pesquisa 9 decisões a serem analisadas. Das 9 decisões analisadas, fizemos uma averiguação prévia do conteúdo de cada uma delas para verificar se se enquadravam no escopo principal da pesquisa, qual seja, decisões que tinham como objetivo principal a proteção e garantia do direito à saúde e, consequentemente, do direito à vida. Nesse sentido, as decisões proferidas dentro da nossa delimitação temporal, ou seja, no contexto da pandemia, mas que não se relacionam direta ou indiretamente com a proteção desses direitos, não foram analisadas. Encontramos 3 decisões

⁵³ O recorte temporal foi decidido pelos pesquisadores do grupo de pesquisa “Diálogos Interinstitucionais no contexto da pandemia da covid-19: estudo comparativo em distintas realidades”, vide nota 01 de rodapé, com base nas datas de início e fim da pandemia da covid-19, abrindo espaço para uma coleta mais abrangente de decisões dentro do escopo da pesquisa.

⁵⁴ Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>>.

⁵⁵ Também os termos utilizados para a realização da busca no site da Corte Constitucional Colombiana foi decidido pelos pesquisadores da pesquisa “Diálogos Interinstitucionais no contexto da pandemia da covid-19: estudo comparativo em distintas realidades”, coordenada pela profa. Dra. Cláudia Toledo, supramencionada.

nesses parâmetros, quais sejam a Sentencia C-378/30⁵⁶, Sentencia C-197/23⁵⁷ e a Sentencia C-293/20⁵⁸.

Para justificarmos esse critério de escolha, cabe apresentarmos brevemente o teor dessas decisões. A Sentencia C-378/30, proferida em 02/09/2020, de relatoria da magistrada Diana Fajardo Rivera, realizou basicamente o controle de constitucionalidade do Decreto Legislativo 772 de 2020, promulgado durante a pandemia que regula os regimes de insolvência para proteger empresas afetadas pela crise econômica oriunda da crise sanitária. Apesar da sentença estar contextualizada dentro do período pandêmico, ela trata especificamente da proteção de empresas e preservação da economia no país, não tendo como enfoque a proteção ou efetivação do direito à saúde e do direito à vida.

A Sentencia C-197/23, publicada em 01/06/2023, de relatoria de Juan Carlos Cortés González, trata-se de demanda de inconstitucionalidade proposta pelo cidadão Diego Andrés López Suárez contra o inciso II do numeral 2º do artigo 9º da Lei 797 de 2003, por meio da qual realizou-se a reforma de algumas disposições do sistema geral de pensões previsto na Lei 100 de 1993. Assim, refere-se à análise da inconstitucionalidade de artigo da lei que trata das pensões por idade e, apesar de proferida durante o período de recorte da pesquisa, não se relaciona com a pandemia da covid-19 e, consequentemente, não se relaciona com o direito à vida e à saúde.

Já a Sentencia C-293/20, publicada em 05/08/2020, de relatoria de Gloria Stella Ortiz Delgado e Cristina Pardo Schlesinger, refere-se ao controle de constitucionalidade do Decreto Legislativo 568 de 15 de abril de 2020, que implementou o “imposto de solidaridad” durante a pandemia, o qual determinou o desconto de parte do salário de servidores públicos e pessoas com contrato de prestação de serviços com o Estado, com destino ao Fundo de Mitigação de Emergência. A lei estabeleceu um limite mínimo do valor salarial dos servidores para a autorização do desconto. Apesar de ser uma decisão que analisa um decreto promulgado no contexto pandêmico e que tem como origem a pandemia em si, a sentença não trata em nenhum momento sobre a proteção ao direito à saúde e ao direito à vida, delimitando-se a analisar a

⁵⁶ Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-378-20.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2025

⁵⁷ Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/C-197-23.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2025

⁵⁸ Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-293-20.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2025

constitucionalidade da aplicação de um imposto solidário, sem que se adentre na proteção e efetivação desses direitos fundamentais.

Para nosso estudo, com base na Teoria dos Diálogos de Christine Bateup (2006); na Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy (2011) e nos estudos sobre poderes emergenciais durante a pandemia da covid-19 de Tom Ginsburg e Mila Versteeg (2020), fizemos um estudo de cada decisão que teve como enfoque buscar todos os argumentos institucionais e não-institucionais utilizados de acordo com as classificações de Alexy (2011). A divisão dos critérios de separação dos argumentos se deu da seguinte forma: (1) Argumentos Institucionais: dispositivos normativos; precedentes e doutrina e (2) Argumentos Não-Institucionais: Argumentos Prático Gerais (pragmáticos; éticos e morais) e Argumentos Empíricos (fatos concretos e dados científicos). Assim, seríamos capazes de encontrar o teor da fundamentação jurídica e da fundamentação prática geral utilizada e, conseqüentemente, qual o significado desses resultados quando posicionados dentro do contexto pandêmico.

No que se refere aos tipos de argumento não institucionais práticos gerais, cabe explicitar nosso entendimento sobre eles⁵⁹. Entendemos os argumentos pragmáticos como aqueles relativos às escolhas de técnicas e estratégias de ação, ou seja, relacionam-se à escolha de meios adequados para que se atinjam os fins visados, estabelecendo uma relação meio-fim. Já os argumentos morais relacionam-se com o princípio da universalidade, ou seja, são baseados na reflexão do que é bom para todos, de forma a agir conforme o que deve ser feito sem visar interesses subjetivos. Por fim, os argumentos éticos se referem à tradição, ou seja, referem-se ao indivíduo e à sociedade em que ele se insere.

No que se refere aos tipos de argumentos não institucionais empíricos, elucida-se que os dados científicos são apontamentos das ciências naturais ou sociais e os fatos concretos são ações concretas e estados de coisas, relacionados ao conhecimento vulgar.

Além disso, buscamos analisar as formas de atuação do poder judiciário nessas sentenças com a aplicação dos estudos de Ginsburg e Versteeg (2020), de forma a constatar a ocorrência de (1) controle do cumprimento de exigências procedimentais devidas para elaboração do ato administrativo normativo (controle formal); (2) controle das restrições a direitos geradas pelo ato administrativo normativo (controle material) e se foi constatada (3)

⁵⁹ Destacamos que as interpretações sobre os argumentos analisados no presente estudo são oriundas do grupo de pesquisa “Diálogos Interinstitucionais no contexto da pandemia da COVID-19: estudo comparativo em distintas realidades” da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, coordenado pela profa. Dra. Cláudia Toledo, tendo sido originalmente desenvolvidas pelos integrantes da pesquisa.

ordem judicial ao Poder Executivo para a tomada de medidas em combate à pandemia (controle material). Ou seja, pretendemos observar o grau de incidência nessas sentenças de controle judicial dos atos dos demais poderes, para analisar se os poderes se mantiveram dentro dos limites de suas competências. Também analisamos a incidência e aplicação do sistema vertical de freios e contrapesos, se houve manifestação nas decisões estudadas e, se sim, qual foi o tipo de ação empregada pelo poder executivo subnacional.

Por último, procuramos analisar a incidência das formas de interação dialógica entre os poderes com base nos estudos de Bateup (2006). Para isso, procuramos a existência de indicação judicial de diretrizes para elaboração de novo ato administrativo normativo em caso de declaração de sua inconstitucionalidade ou a fixação judicial de prazo para elaboração de ato administrativo normativo em caso de omissão do Poder Executivo. Nesse ponto, é necessário destacarmos que, ao longo de toda a nossa análise, temos como objetivo verificar a efetividade das interações dialógicas e, para isso, como aprofundado no capítulo 2, notamos que não somente Bateup, mas também Alexy e Ginsburg e Versteeg defendem a efetividade do diálogo na construção de decisões ricamente fundamentadas e que respeitem os limites atribuídos a cada poder.

Passadas as explicações sobre nossos objetivos, critérios e metodologia adotados, vejamos os resultados encontrados. Primeiramente, cabe apresentarmos um breve resumo sobre cada uma das decisões analisadas. A Sentença C-395.20⁶⁰, publicada em 09/09/2020, de relatoria de Cristina Pardo Schlesinger, realiza a revisão de constitucionalidade do Decreto Legislativo 804 de 2020, por meio do qual se estabeleceram medidas para adequação, ampliação e modificação de edifícios destinados a centros de detenção temporários. Notamos em nossa análise que, apesar do contexto pandêmico e do objetivo final de proteger a saúde dos detentos e dos funcionários, ao longo da decisão, encontramos poucas menções ao direito à saúde ou ao direito à vida, apesar de compreendermos que é uma intenção implícita e primordial a proteção desses direitos fundamentais com o decreto legislativo analisado. Contudo, o decreto em si se refere às questões administrativas a serem adotadas para facilitar a proteção dos detentos durante a pandemia.

Após a realização do controle, a Corte declarou a constitucionalidade do decreto. Utilizou-se de 1 (um) argumento não-institucional pragmático e 2 (dois) argumentos empíricos

⁶⁰ Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-395-20.htm>>. Acesso em 09 fev. 2025

baseados em fatos concretos. Realizou o controle formal, tendo cumprido com as exigências procedimentais devidas para a elaboração do decreto legislativo; realizou o controle material de análise de possíveis restrições a direitos gerados pelo decreto; e não foi identificada a necessidade de realização do controle material de ordem judicial ao poder executivo, até porque, a análise foi feita sobre decreto legislativo.

Como se trata de controle de constitucionalidade de decreto legislativo, também não foi verificada a necessidade de indicação judicial de diretrizes para a elaboração de novo ato em caso de inconstitucionalidade ou a fixação judicial para a elaboração de novo ato em caso de omissão do poder executivo. Como se viu, o decreto foi declarado totalmente constitucional. Além disso, não foi identificada ação do poder executivo subnacional que correspondesse ao sistema vertical de freios e contrapesos.

Prosseguindo, a Sentencia C-307/20⁶¹, publicada em 12/08/2020, de relatoria do magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, refere-se à revisão de constitucionalidade do Decreto 637 de 06 de maio de 2020, por meio do qual foi declarado o Estado de Emergência Econômica, Social e Ecológica no território colombiano. Esse decreto foi promulgado com o objetivo de criar medidas para enfrentar a crise econômica causada pela covid-19 e pelo consequente isolamento social que foi imposto. Vejamos o que dispõe a sentença ao descrever a situação fática:

Conforme observado na Sentença C-145 de 2020, a crise gerada pela covid-19 foi a mais grave ocorrida desde a entrada em vigor da atual Constituição. Suas causas, efeitos e particularidades devem ser considerados em sua verdadeira magnitude, a partir de um escrutínio que, embora rigoroso, avalie adequadamente o contexto da crise e seu desenvolvimento. Portanto, também neste caso é necessário fazer um julgamento que seja apropriado às circunstâncias específicas da crise. Na Sentença C-145 de 2020, a crise da covid-19 foi classificada como grave, com base nos dados disponíveis naquele momento, que no momento da emissão desta sentença, foram significativamente agravados. Nesse contexto, diante da deterioração dos dados empíricos, este tribunal deve ser muito cauteloso ao considerar a margem de apreciação do governo para declarar o estado de emergência e adotar as medidas necessárias para enfrentá-la, como já fez naquela decisão, uma vez que as consequências da crise se agravaram.⁶² (CORTE

⁶¹ Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-307-20.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2025

⁶² Trecho original: “Como se acaba de advertir en la Sentencia C-145 de 2020, la crisis generada por el COVID-19 ha sido la más grave que ha habido desde la vigencia de la actual Constitución. Sus causas, sus efectos y sus particularidades, deben ser considerados en su real magnitud, a partir de un escrutinio que, sin dejar de ser riguroso, valore de manera adecuada el contexto de la crisis y de su desarrollo. Por ello, en este caso también es necesario adelantar un juicio que sea adecuado a las singulares circunstancias de la crisis. En la Sentencia C-145 de 2020 se había calificado la crisis del COVID-19 como grave, con los datos disponibles entonces, los cuales para el momento de dictar esta sentencia, se han visto significativamente agravados. En este contexto, a partir del

CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SENTENCIA C-307/2020, 2020, p.19) (tradução nossa).

O decreto foi declarado constitucional pela Corte e apresentou 1 (um) argumento institucional com a indicação de dispositivo normativo; 1 (um) argumento não-institucional pragmático; 5 (cinco) argumentos empíricos com base em fatos concretos e 6 (seis) argumentos empíricos baseados em dados científicos. Além disso, realizou o controle formal de exigências procedimentais para elaboração do ato e o controle material de verificação das restrições a direitos geradas pelo ato. Ainda, apesar da constitucionalidade do decreto, a Corte proferiu ordem judicial ao executivo para tomar medidas específicas de combate à pandemia, tais como determinar a criação de medidas para direcionamento de recursos e subsídios destinados a satisfazer as necessidades básicas da população; determinar a autorização para que o Governo entregue recursos financeiros em favor dos beneficiários de programas sociais; determinar a expedição de normas que flexibilizam a obrigação de atendimento presencial dos servidores, bem como suspender os prazos para atuações administrativas e judiciais, dentre outras medidas (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 2020, p.75-78).

Não foram indicadas diretrizes para elaboração de novo ato em caso de inconstitucionalidade ou fixado prazo para elaboração de ato em caso de omissão. Também não foi constatado na Sentencia C-307/2020 a presença do sistema vertical de freios e contrapesos, com ações do poder executivo subnacional.

A Sentencia C-242/20⁶³ foi publicada em 09/07/2020, de relatoria de Luis Guillermo Guerrero Pérez e Cristina Pardo Schlesinger, tratando-se de revisão de constitucionalidade do Decreto Legislativo 491 de 2020, por meio do qual foram adotadas medidas de urgência para garantir a prestação dos serviços por parte das autoridades públicas e dos particulares que cumpram funções públicas, bem como foram tomadas medidas para a proteção laboral das pessoas contratadas pelas entidades públicas, no contexto do Estado de Emergência Econômica, Social e Ecológica.

deterioro de los da- tos empíricos, este tribunal debe ser muy cuidadoso al momento de considerar el margen de apreciación del gobierno para declarar la emergencia y para adoptar las medidas nece- sarias para hacerle frente, como ya lo fue en dicha sentencia, pues las consecuencias de la crisis se han agravado.” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-307/2020. Relatoria de Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá, 12 ago. 2020. p.19 Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-307-20.htm>. Acesso em: 27 jan. 2025.)

⁶³ Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-242-20.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2025

Destacamos que a presente decisão perpassa por todos os artigos do decreto ao exercer o controle de constitucionalidade. Contudo, alguns artigos do decreto, apesar de tratarem sobre o contexto pandêmico, dizem respeito a assuntos diversos do escopo da pesquisa, ou seja, o direito à saúde. Ao analisarmos o seu texto, constatamos que todos os artigos do 6º em diante tratam de questões técnicas do exercício do trabalho público no período pandêmico. Assim, por uma opção metodológica, nos detivemos na análise apenas dos argumentos relevantes para o nosso estudo.

O Decreto sob análise foi declarado parcialmente constitucional, já que o artigo 12 foi declarado inconstitucional. Dentro do escopo da nossa pesquisa, verificamos que foram utilizados 8 (oito) argumentos institucionais com base em dispositivos normativos e 1 (um) argumento institucional com base em precedentes. Foi utilizado 1 (um) argumento não-institucional prático geral pragmático e, por fim, foram utilizados 5 (cinco) argumentos não-institucionais empíricos baseados em fatos concretos. Foi realizado o controle formal de análise do cumprimento de exigências procedimentais e o controle material de análise de restrições a direitos eventualmente presentes no ato. Não se verificou o controle material com ordem judicial ao poder executivo para tomada de medidas de combate à pandemia.

Quanto à indicação de diretrizes para elaboração de novo ato em caso de declaração de inconstitucionalidade, percebemos que, ao analisar o art. 12 do decreto e determinar sua constitucionalidade condicionada, os magistrados determinaram que as sessões do executivo e do legislativo devam ser realizadas, quando possível, de forma presencial. Para fins de melhor compreensão, o artigo 12⁶⁴ determinou a realização de reuniões não presenciais nos órgãos colegiados dos ramos políticos do poder. Contudo, não foi fixado prazo para a adoção da medida, apenas apresentada a recomendação. Por último, não foi constatada a aplicação do sistema vertical de freios e contrapesos.

⁶⁴ “**Artículo 12. Reuniones no presenciales en los órganos colegiados de las ramas del poder público.** Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en las normas vigentes, los órganos, corporaciones, salas, juntas o consejos colegiados, de todas las ramas del poder público y en todos los órdenes territoriales, podrán realizar sesiones no presenciales cuando por cualquier medio sus miembros puedan deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva. En este último caso, la sucesión de comunicaciones deberá ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio empleado. (...)” (**DECRETO nº 491, de 28 de março de 2020.** Dispõe sobre a emergência sanitária em razão da pandemia de COVID-19 e adota outras providências. Bogotá, D.C.: Presidência da República da Colômbia, 2020. Disponível em: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=111114>> . Acesso em: 23 jan. 2025

A Sentencia C-252/20⁶⁵ realizou a revisão de constitucionalidade do Decreto Legislativo 538 de 12 de abril de 2020, por meio do qual foram adotadas medidas no setor de saúde para conter e mitigar a pandemia da covid-19, bem como garantir as prestações dos serviços de saúde no contexto do Estado de Emergência Econômica, Social e Ecológica. O decreto foi declarado constitucional, salvo um trecho do artigo 15 do Decreto, que foi declarado inconstitucional. Foram utilizados 10 (dez) argumentos institucionais com base em dispositivos normativos e 6 (seis) argumentos institucionais com base em precedentes. Foram utilizados 10 (dez) argumentos não-institucionais práticos gerais pragmáticos e 2 (dois) argumentos não-institucionais práticos gerais éticos. Não foram identificados argumentos empíricos na fundamentação desta sentença.

O controle formal de exigências procedimentais é realizado de forma implícita, tendo em vista que, apesar de não ter sido apresentado na sentença, entende-se, da leitura da decisão, que as formalidades de promulgação do decreto foram cumpridas. O controle material das restrições a direitos também foi realizado. Não foi proferida ordem judicial para a tomada de medidas de combate à pandemia. Também não foram indicadas diretrizes para elaboração de novo ato em caso de inconstitucionalidade ou fixado prazo para elaboração de ato em caso de omissão. Não se constatou a presença do sistema vertical de freios e contrapesos.

A Sentencia C-255/20⁶⁶ realizou a revisão de constitucionalidade do Decreto Legislativo 546 de 2020, por meio do qual foram adotadas medidas para substituir a pena de prisão e medidas de assecuramento de prisão preventiva em estabelecimentos penitenciários e carcerários por prisão domiciliar e detenção domiciliar das pessoas que se encontram em situação de maior vulnerabilidade à covid-19, bem como adotaram-se outras medidas de combate à sobrelotação prisional e de prevenção e mitigação do risco de propagação do vírus. Foi publicada em 22/07/2020, com a relatoria de Diana Fajardo Rivera.

Destacamos essa sentença perante as outras, pois, da nossa pesquisa, foi a decisão que mais se aprofundou na tentativa de assegurar o direito à saúde de ao menos uma parcela da população, nesse caso, da população carcerária. É evidente que esse grupo se encontrava em uma situação vulnerável de exposição ao vírus, tendo em vista os ambientes superlotados e a precariedade das condições de higiene nesses locais. Como a própria Corte Constitucional Colombiana anteriormente proferiu em decisão histórica (Sentencia T-388/13) que declarou o

⁶⁵ Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-252-20.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2025

⁶⁶ Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-255-20>> .. Acesso em: 06 fev. 2025

Estado de Coisas Inconstitucional em relação à população carcerária e ao sistema prisional no país, a tentativa de proteger o direito à saúde e à vida dessa população foi uma prioridade.

Destacamos alguns argumentos apresentados nessa decisão que entendemos relevantes para o intuito do presente trabalho. Ao demonstrar a necessidade do decreto analisado, a Corte fundamenta que submeter as pessoas vulneráveis a essa exposição é semelhante a submetê-las a um tratamento cruel e desumano, sendo uma violação de direitos fundamentais intangíveis, como a vida, à integridade física da pessoa e à saúde, o que implicaria, inclusive, em desrespeito ao artigo 12 da Constituição Colombiana que proíbe tortura e tratamentos e penas cruéis, desumanos ou degradantes⁶⁷.

Prosseguindo na fundamentação da necessidade de implementação dessas medidas, a Corte apresenta uma interessante explicação por meio de um argumento classificado por nós como pragmático. A Corte justifica a necessidade de implementação dessa política pública, mesmo que ela não seja suficiente a longo prazo para resolver o grave problema dos sistemas prisionais na Colômbia. Para isso, a Corte contextualiza a situação de emergência vivida no país, que demanda medidas céleres para proteção dos direitos mais básicos da população, apresentando uma diferenciação entre adequação, necessidade, eficácia e suficiência das medidas. Aqui, há uma correlação direta com a máxima da proporcionalidade de Alexy (2008) apresentada por nós no capítulo 2, comprovando nosso entendimento de que o sopesamento de princípios e direitos fundamentais será essencial em situações de emergência como a crise sanitária vivida. Além disso, mostra-se um argumento essencial para a Corte justificar a razão de entender o decreto analisado como constitucional. Vejamos o trecho em comento:

Primeiramente, o Plenário deve ressaltar que a questão da suficiência e efetividade da implementação de uma política pública geral se distingue de sua necessidade, especialmente do ponto de vista da análise de constitucionalidade e em relação a um julgamento em contexto de emergência. Uma ação pode ser necessária para garantir o gozo efetivo dos direitos, mas não suficiente para atingir os níveis ótimos ou completos de proteção planejados ou esperados. O requisito que deve ser cumprido na revisão constitucional é que o Governo tome decisões que sejam necessárias, não decisões que sejam suficientes, efetivamente, para resolver a política pública no grau máximo possível. É um objetivo constitucional a ser alcançado, não uma exigência constitucional básica em uma emergência, passível de revisão judicial. O primeiro é um requisito constitucional básico, o segundo é uma situação ótima que se busca alcançar. A necessidade, adequação, eficácia ou suficiência de uma medida são aspectos que estão relacionados entre si, mas

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-255/2020. Relatoria de Diana Fajardo Rivera. Bogotá, 22 jul. 2020. p.67

são diferentes e distinguíveis. Em particular, o fato de uma política não ser suficiente para atingir o mais alto nível de proteção desejável não implica que ela não seja necessária, principalmente diante da urgência de uma situação de emergência.⁶⁸ (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SENTENCIA C-255/20, 2020, p.76) (tradução nossa)

Já ao apresentar um de seus argumentos éticos, ao analisar a inconstitucionalidade de artigo do decreto que implementa medidas de proteção diferenciadas e específicas – qual seja a possibilidade de prisão domiciliar – às pessoas com deficiência devido à mobilidade reduzida, a Corte pontua que também é necessário pensar na proteção de pessoas com outros tipos de deficiência, justificando que é discriminatório excluir da medida as pessoas com deficiência por motivos diversos da mobilidade reduzida. Consideramos a argumentação da Corte neste momento rica e pautada em argumentos éticos – que refletem a proteção de um grupo populacional específico, porém mais abrangente – mas também contextualizados com a situação fática apresentada pelo cenário pandêmico. Não somente isso, mas nesse mesmo trecho argumentativo, a Corte já determina a correção e regulamentação da matéria pelo Executivo, demonstrando a interação dialógica defendida por Bateup (2006), de forma a efetivar e proteger direitos fundamentais por meio de um diálogo rico, sem que os limites de cada poder sejam ultrapassados. Vejamos a fundamentação da Corte:

A razoabilidade de uma diferença de tratamento como a analisada pressupõe um juízo estrito de constitucionalidade, na medida em que esteja em jogo tratamento diferenciado dentro de grupo de especial proteção constitucional, em relação ao acesso a benefício de liberdade, no contexto de uma pandemia. Ao fazer tal julgamento, conclui-se que a medida é irracional e, portanto, discriminatória. Embora se busque um objetivo imperativo (identificar as pessoas mais vulneráveis ao impacto da pandemia) por um meio que não é proibido (proteger as pessoas afetadas por deficiências, com sua mobilidade

⁶⁸ Trecho original: “En primer lugar, la Sala Plena debe resaltar que la cuestión de la suficiencia y efectividad de la implementación de una política pública general es distinguible de su necesidad, en especial, desde el punto de vista del análisis de constitucionalidad ya propósito de un juicio en el contexto de una emergencia. Una acción puede ser necesaria para garantizar el goce efectivo de los derechos, pero no ser suficiente para lograr los niveles óptimos o plenos de protección planeados o esperados. La exigencia que se debe cumplir en la revisión de constitucionalidad es que el Gobierno tome decisiones que sean necesarias, no decisiones que sean suficientes, efectivamente, para resolver al máximo grado posible la política pública. Es un objetivo constitucional para alcanzar, no un requisito constitucional básico en emergencia, revisable judicialmente. Lo primero es un requisito básico constitucional, lo segundo es una situación óptima que se busca alcanzar. La necesidad, la idoneidad, la eficacia o la suficiencia de una medida son aspectos que tienen relaciones entre sí, pero que son diferentes y distinguibles. En especial, el que una política no sea suficiente para alcanzar el máximo nivel de protección deseable, no implica que no se requiera, particularmente, frente a la urgencia de una situación de emergencia” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-255/2020. Relatoria de Diana Fajardo Rivera. Bogotá, 22 jul. 2020. p.76).

afetada), o meio escolhido não só não é necessário para atingir esse objetivo, como nem sequer é adequado. Embora os critérios estabelecidos sirvam para identificar diversas pessoas vulneráveis com deficiência, eles são pouco inclusivos, pois deixam de fora do mesmo grupo outras pessoas que também deveriam ser identificadas como vulneráveis à pandemia. 271. Com efeito, o critério das pessoas com deficiência por mobilidade reduzida, entendido nos termos indicados pelo próprio decreto, assegura que se trata de pessoas que na realidade se encontram numa situação de vulnerabilidade devido à situação de deficiência em que se encontram. É verdade, como salienta o Governo, que o critério serve para identificar pessoas que não conseguem circular facilmente em locais de privação de liberdade que não foram concebidos de forma inclusiva e, nessa medida, são mais vulneráveis a serem afetadas pela pandemia da COVID-19. A incapacidade de manter o distanciamento à vontade ou não ter total independência para lavar as mãos, como se alega, são certamente manifestações concretas dessa situação de vulnerabilidade. 272. No entanto, os critérios estabelecidos não são adequados para identificar todas as pessoas que, devido à sua deficiência, podem enfrentar uma ameaça maior neste contexto de pandemia. Pessoas cegas, que dependem muito da leitura com os dedos ou de se posicionarem no espaço que suas mãos permitem. Nas atuais condições de pandemia, ter que tocar e ter contato físico para ver e perceber onde você está representa um risco e vulnerabilidade maiores. A possibilidade de contrair o coronavírus aumenta inevitavelmente. 273. Da mesma forma, a pandemia impõe desafios incomuns às pessoas surdas que alcançaram inclusão social por meio da leitura labial. O uso constante e frequente de máscaras faciais impede que essas pessoas “ouçam” o que os outros dizem através do movimento de suas bocas, o que representa riscos e ameaças a direitos, principalmente no contexto de um local de privação de liberdade. Esta situação de pandemia, portanto, não exige apenas proteção para pessoas com deficiência devido à mobilidade reduzida, mas também por outros motivos. 274. Consequentemente, o Tribunal conclui que o desenho da primeira medida discrimina as pessoas com deficiência por motivos diversos da mobilidade reduzida, uma vez que também são sujeitos de especial proteção constitucional, que se encontram em situação de vulnerabilidade e ameaça aos seus direitos maior que a média, no atual contexto da pandemia. 275. Por esse motivo, o Tribunal declarará constitucional o artigo 2º do Decreto Legislativo 546 de 2020, exceto a alínea d), que é declarada constitucional no entendimento de que não exclui outras formas de incapacidade que possam ser incompatíveis com as medidas sanitárias e de distanciamento social da população privada de liberdade. Caberá ao Executivo, no uso de suas atribuições e funções, regulamentar a matéria.⁶⁹

⁶⁹ Trecho original: “La razonabilidad de una diferencia de trato como la analizada supone un juicio estricto de constitucionalidad, en la medida en que está en juego un trato diferente al interior de un grupo de especial protección constitucional, con relación al acceso a un beneficio de libertad, en el contexto de una pandemia. Al efectuar tal juicio, se concluye que la medida no es razonable y por tanto discriminatoria. Si bien, se busca un fin imperioso (identificar las personas más vulnerables al impacto de la pandemia), por un medio que no está prohibido (proteger a quienes están afectados por estar en discapacidad, con su movilidad afectada), el medio elegido no sólo no es necesario para lograr tal fin, sino que ni siquiera es idóneo. Si bien el criterio establecido sí sirve para identificar varias de las personas en situación de discapacidad vulnerables, es infra-inclusivo, en tanto deja por fuera del mismo grupo a otras que también deberían ser identificadas como vulnerables a la pandemia. 271. En efecto, el criterio de personas con discapacidad por movilidad reducida entendido en los términos señalados por el propio decreto, asegura que se trate de personas que en realidad tienen una situación de vulnerabilidad por la situación de discapacidad en la que se encuentran. Es cierto, como lo señala el Gobierno, que el criterio sirve para identificar personas que no pueden moverse con facilidad en lugares de privación de la libertad que no han sido

(CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SENTENCIA C-255/20, 2020, p.123-124) (tradução nossa)

Além disso, uma das outras medidas apresentadas pelo decreto referia-se ao traslado de detentos dos centros de detenção transitória para as penitenciárias. A determinação normal na Colômbia é de que os detentos fiquem por um período curto nesses centros, inclusive pelo fato de não possuírem estruturas adequadas para mantê-los por um tempo maior em suas instalações. Contudo, a medida em análise previa que com o objetivo de evitar a superlotação das penitenciárias e a disseminação do vírus por novos detentos potencialmente contaminados, esses presos fossem mantidos por período maior nos centros de detenção provisória, ao que a Corte entendeu haver uma tensão entre direitos fundamentais nessa medida. Assim, a Corte realiza um juízo de proporcionalidade para chegar à uma solução plausível e sem uma grande violação de direitos fundamentais, entendendo pela constitucionalidade da medida com a seguinte justificativa:

O Tribunal considera que a medida de suspensão temporária das transferências dos centros de detenção temporária para o ERON excede os julgamentos de proporcionalidade e não discriminação pelas razões explicadas abaixo. No entanto, o Tribunal considera que os intervenientes estão chamando a atenção para questões de relevância constitucional e, portanto, fará alguns esclarecimentos em consonância com os dados sobre a aplicação do Decreto Legislativo 546 de 2020 em centros de detenção temporária, que foram

diseñados de manera incluyentes y, en tal medida son más vulnerables a ser afectados por la pandemia del COVID-19. La imposibilidad de mantener el distanciamiento a voluntad o no tener plena independencia para lavarse las manos, como se alega, son ciertamente manifestaciones concretas de esta situación de vulnerabilidad. 272. No obstante, el criterio establecido no sirve para identificar todas aquellas personas que en razón a su condición de discapacidad pueden enfrentar una amenaza mayor en este contexto de pandemia. Las personas invidentes, que dependen en gran medida de la lectura a través de sus dedos o de la ubicación en el espacio que sus manos les permita. En las condiciones actuales de la pandemia, el tener que tocar y tener contacto físico para ver y darse cuenta de dónde se está representa un riesgo y una vulnerabilidad mayor. La posibilidad de contagiarse de coronavirus inevitablemente se aumenta. 273. De forma similar, la pandemia impone retos inusitados a personas que carecen de audición y han logrado la inclusión social mediante la lectura de labios. El uso constante y frecuente de tapabocas impide a estas personas “oír” lo que dicen los demás a través de mirar el movimiento de la boca, lo cual supone riesgos y amenazas a los derechos, en especial en el contexto de un lugar de privación de la libertad. Esta coyuntura de la pandemia, por tanto, no sólo reclama protección para personas en situación de discapacidad por movilidad reducida, sino también por otras causas. 274. En consecuencia, la Sala concluye que el diseño de la primera medida discrimina a las personas en situación de discapacidad por razones diferentes a la movilidad reducida, por cuanto estas también son sujetos de especial protección constitucional, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y amenaza a sus derechos mayor que el promedio, en el contexto actual de pandemia. 275. Por esta razón, la Sala declarará exequible el Artículo 2 del Decreto Legislativo 546 de 2020, salvo el literal d) que se declara exequible en el entendido de que no excluye otras formas de discapacidad que puedan resultar incompatibles con las medidas sanitarias y de distanciamiento social por parte de la población privada de la libertad. Corresponderá al Ejecutivo, en ejercicio de sus facultades y sus funciones, reglamentar la materia” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-255/2020. Relatoria de Diana Fajardo Rivera. Bogotá, 22 jul. 2020. p.123-124).

resumidos no Capítulo 9.6. desta frase. 551. O Tribunal considera que a medida em questão gera uma tensão de direitos constitucionais: visa, por um lado, proteger os direitos à saúde, à vida e à integridade da população privada de liberdade e mesmo da sociedade em geral; por outro lado, pode comprometer os direitos das pessoas mantidas em centros de detenção temporária, incluindo os direitos à saúde, à vida e à integridade pessoal, ao restringir a possibilidade de serem transferidas para uma prisão ou penitenciária nacional. 552. Para fins de análise da proporcionalidade da medida, conforme as considerações acima apresentadas, o nível de julgamento da proporcionalidade deve ser rigoroso. O Tribunal chega a esta conclusão porque, em primeiro lugar, a medida afeta pessoas que têm reduzido o acesso efetivo à tomada de decisões que as afetam, uma vez que estão privadas de liberdade. Além disso, em princípio, faz uma distinção entre pessoas privadas de liberdade no ERON e aquelas mantidas em centros de detenção temporária, o que poderia impactar, como explicado, os direitos fundamentais destas últimas. Esses são dois dos critérios aos quais o Tribunal aplicou julgamento rigoroso no passado ao analisar a proporcionalidade de uma determinada medida. 553. Nesta ordem de ideias, para avaliar a proporcionalidade da medida em causa, o Plenário conclui, em primeiro lugar, que, de acordo com a análise efetuada até aqui, a finalidade da medida é constitucionalmente legítima, importante e imperativa. Trata-se de proteger a saúde, a vida e a integridade das pessoas privadas de liberdade e da sociedade no contexto de uma pandemia de um vírus nunca antes visto pela humanidade e que apresenta altas taxas de transmissibilidade. Em segundo lugar, a medida, de acordo com a análise já efetuada, é adequada, efetivamente propícia e necessária para atingir o objetivo declarado. 554. Em terceiro lugar, é também proporcional em sentido estrito, pois, como já foi dito, o decreto legislativo lhe atribui um prazo de validade limitado, ainda mais limitado que o da medida principal; além disso, em seu segundo parágrafo, o mesmo artigo 27 chama a atenção para a importância de as autoridades competentes garantirem que as condições de confinamento das pessoas em centros de detenção temporária garantam seus direitos fundamentais. Não é desproporcional nem desequilibrada, pois a medida é construída justamente em função dos direitos que poderia afetar e responde a essa possível afetação, dentro de seu próprio desenho, ao enfatizar a obrigação do Estado de respeitar a dignidade humana das pessoas que se encontram nos centros mencionados. (...) Embora possa ser entendido no sentido de gerar tratamento diferenciado entre as pessoas privadas de liberdade em centros de detenção temporária e aquelas que estão retidas no ERON, e, ao mesmo tempo, entre os servidores públicos que atuam em um e outro espaço, a verdade é que, como já foi dito, o parágrafo segundo do artigo 27 destaca a importância de que o Estado assegure a garantia dos direitos fundamentais nos centros de detenção temporária.⁷⁰ (CORTE

⁷⁰ Trecho original: “La Corte encuentra que la medida de suspensión temporal de traslados de centros de detención transitoria a ERON supera los juicios de proporcionalidad y no discriminación por las razones que se explican a continuación. No obstante, considera que los intervinientes llaman la atención sobre asuntos de relevancia constitucional, por lo que hará algunas precisiones alineadas con los datos sobre la aplicación del Decreto Legislativo 546 de 2020 en centros de detención transitoria que se resumieron en el Capítulo 9.6. de esta sentencia. 551. La Corte encuentra que la medida en comento genera una tensión de derechos constitucionales: apunta, por un lado, a proteger los derechos a la salud, a la vida y a la integridad de la población privada de la libertad e incluso de la sociedad en general; por otro lado, puede comprometer, a la vez, los derechos de las personas recluidas en centros de detención transitoria, entre ellos los mismos derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal, al restringir la posibilidad de que sean trasladadas a una cárcel o penitenciaria del orden nacional. 552. Para efectos de analizar la proporcionalidad de la medida, de acuerdo con las consideraciones presentadas anteriormente, el

CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-255/2020. Relatoria de Diana Fajardo Rivera. Bogotá, 22 jul. 2020. p.205-207) (tradução nossa).

Assim, entendemos que a sentença em destaque é de extrema relevância para compreendermos os critérios de fundamentação utilizados pelo Tribunal Constitucional Colombiano durante a pandemia. Além disso, ela se adequa precisamente ao nosso estudo e demonstra a importância do diálogo na construção de decisões fundamentadas e ricas sobre direitos fundamentais, já que, como vimos, a construção de medidas efetivas para a proteção dos direitos de um determinado grupo surge do diálogo entre os poderes, com a Corte Constitucional aplicando o juízo de proporcionalidade em relação às decisões dos demais poderes.

Por fim, de acordo com nossa interpretação e análise, identificamos 4 (quatro) argumentos institucionais com base em dispositivos de lei e 2 (dois) argumentos institucionais com base em precedentes. Identificamos também 9 (nove) argumentos não-institucionais práticos gerais pragmáticos; 4 (quatro) argumentos não-institucionais práticos gerais éticos e 9 (nove) argumentos não-institucionais práticos gerais morais. Também identificamos 14

nivel del juicio de proporcionalidad debe ser estricto. La Sala llega a esta conclusión, pues, primero, la medida recae sobre personas que tienen reducido su acceso efectivo a la toma de decisiones que las afectan, dado que se encuentran privadas de la libertad. Adicionalmente, en principio, hace una diferenciación entre las personas privadas de la libertad en ERON y las que se encuentran reclusas en centros de detención transitoria, que podría impactar, según lo explicado, los derechos fundamentales de estas últimas. Estos son dos de los criterios en los que la Corte ha aplicado en el pasado un juicio estricto al analizar la proporcionalidad de una medida determinada. [355] 553. En ese orden de ideas, para evaluar la proporcionalidad de la medida en comento, la Sala Plena concluye, en primer término, que, de acuerdo con el análisis hecho hasta este punto, la finalidad de la medida es constitucionalmente legítima, importante e imperiosa. Se trata de proteger la salud, la vida y la integridad de las personas privadas de la libertad y de la sociedad en el marco de una pandemia de un virus que la humanidad no conocía y que tiene altos índices de transmisibilidad. En segundo término, la medida, según el análisis ya expuesto, resulta adecuada, efectivamente conducente y necesaria para alcanzar la finalidad indicada. 554. En tercer término, también resulta proporcional en sentido estricto, pues, como ya se dijo, el decreto legislativo le asigna una vigencia restringida en el tiempo, incluso más limitada que la de la medida principal; y, además, en su segundo inciso, el mismo Artículo 27 llama la atención sobre la importancia de que las autoridades competentes aseguren que las condiciones de reclusión de las personas que se encuentran en centros de detención transitoria garanticen sus derechos fundamentales. No resulta desproporcionada o desequilibrada, pues la medida está construida, precisamente, en atención a los derechos que podría afectar y responde a esa posible afectación, dentro de su mismo diseño, al enfatizar la obligación del Estado de respetar la dignidad humana de las personas que se encuentran en los centros mencionados. La medida también supera el juicio de no discriminación, pues no genera tratos diferenciados con base en categorías sospechosas tales como el sexo, la raza, la lengua, la religión, el origen nacional o familiar, o la opinión política o filosófica. Si bien podría ser entendida en el sentido de generar tratos diferentes entre las personas privadas de la libertad en centros de detención transitoria y las que están reclusas en ERON, y a la vez, entre los servidores que trabajan en unos y otros espacios, lo cierto es que, como ya se dijo, el segundo inciso del Artículo 27 resalta la importancia de que el Estado asegure la garantía de los derechos fundamentales en los centros de detención transitoria.” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-255/2020. Relatoria de Diana Fajardo Rivera. Bogotá, 22 jul. 2020. p.205-207).

(quatorze) argumentos não-institucionais empíricos baseados em fatos concretos e 5 (cinco) argumentos não-institucionais empíricos baseados em dados científicos.

Identificamos a presença do controle formal para análise do cumprimento das exigências procedimentais devidas para a elaboração do ato, bem como do controle material para análise das restrições de direitos geradas pelo ato e de ordem judicial ao executivo para tomar medidas específicas, como acima comprovamos por meio dos argumentos em destaque. Ou seja, ficou evidente a presença dos diálogos interinstitucionais nas decisões mencionadas, apesar da não fixação de prazo para a elaboração de novo ato. Também não se constatou a presença do sistema vertical de freios e contrapesos com ações específicas do poder executivo subnacional.

Por fim, a Sentencia C-324/20⁷¹ realizou a revisão de constitucionalidade do Decreto Legislativo 770 de 03 de junho de 2020, por meio do qual foram adotadas medidas de proteção à pessoa desempregada, bem como medidas alternativas quanto à jornada de trabalho e para o pagamento do abono de tempo de serviço, criando-se o Programa de Apoio ao Pagamento do Abono de Tempo de Serviço - PAP e o Programa de Assistência ao trabalhador em suspensão contratual, no âmbito da crise sanitária. A sentença foi publicada em 19/08/2020 e possui relatoria de Antonio José Lizarazo Ocampo. Em nossa análise, constatamos que a mencionada decisão, apesar de analisar decreto que trata da situação dos trabalhadores durante a pandemia da covid-19, não trata diretamente sobre a proteção ao direito à saúde ou ao direito à vida, na verdade, sequer menciona ambos os direitos em sua fundamentação.

Para fins de comparação, analisamos os argumentos utilizados na decisão. Foi utilizado 1 (um) argumento institucional baseado em precedente; 3 (três) argumentos não-institucionais práticos gerais pragmáticos e 2 (dois) não-institucionais empíricos baseados em fatos concretos. Foi realizado o controle formal do cumprimento das exigências procedimentais para a elaboração do ato, bem como o controle material das restrições a direitos geradas. Não foi proferida ordem judicial ao poder executivo para tomada de medidas de combate à pandemia e não foram indicadas diretrizes para a elaboração de novo ato em caso de inconstitucionalidade ou fixado prazo judicial para elaboração de ato em caso de omissão. Por último, não foi constatada a presença do sistema vertical de freios e contrapesos.

⁷¹ Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-324-20.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2025.

Assim, considerando as análises expostas aqui, apresentamos abaixo duas tabelas que apresentam o cruzamento dos dados coletados por nós e apresentados aqui, considerando a totalidade das decisões analisadas.

TABELA 1 - Argumentos coletados

COLÔMBIA - CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA								
Termo/Expressão de busca				Nº de Decisões Levantadas		Nº de Decisões Avaliadas		
"covid-19"; "pandemia"; "derecho a la salud"; "derecho a la vida"; "poder ejecutivo"; separación de poderes"; "medidas administrativas"				9		6		
Ação								
Tipos de Ação	ADI	Percentual	ADPF	Percentual	MS	Percentual	REVISÃO DE DECRETO	Percentual
Nº de Ações	0	0%	0	0%	0	0%	6	100%
Argumentação								
Argumentos Institucionais (X)				Argumentos Não Institucionais (Y)				
				Prático Gerais			Empíricos	
Tipos de Argumentos	Dispositivos Legais	Precedentes	Doutrina	Pragmáticos	Éticos	Morais	Fatos concretos	Dados Científicos
Nº de Argumentos	23	10	0	25	6	9	28	11
Percentual relativo	70%	30%	0%	62%	15%	23%	72%	28%

Fonte: Grupo de pesquisa “Diálogos Interinstitucionais no contexto da pandemia da covid-19: estudo comparativo em distintas realidades” da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, coordenado pela profa. Dra. Cláudia Toledo (2024). Tabulação própria.

Na tabela 1, apresentamos a soma dos argumentos coletados em todas as 6 (seis) decisões analisadas, de acordo com a classificação feita por nós de cada um dos argumentos coletados. O percentual relativo apontado refere-se a cada subclassificação, ou seja, da totalidade dos argumentos institucionais; da totalidade dos argumentos não institucionais práticos gerais e da totalidade dos argumentos não institucionais empíricos. No que se refere aos tipos de ações, todas tratavam-se de revisão de constitucionalidade de decreto no Estado Emergencial, de forma a cumprir com as determinações constitucionais.

Tabela 2 - Análise das formas de atuação dos poderes e das interações dialógicas com base na totalidade de decisões analisadas

FORMAS DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO (Ginsburg; Versteeg)	Nº Total	Percentagem
Controle formal - Controle do cumprimento <i>exigências procedimentais</i> devidas para elaboração ato administrativo normativo	6	43%
Controle material - Controle das <i>restrições a direitos</i> geradas pelo ato administrativo normativo	6	43%
Controle material - Ordem judicial ao <i>Poder Executivo</i> para a tomada de medidas em combate à pandemia	2	14%
FORMAS DE INTERAÇÃO DIALÓGICA ENTRE OS PODERES (Bateup)	Nº Total	Percentagem
<i>Indicação judicial de diretrizes</i> para elaboração de <i>novo ato administrativo normativo</i> em caso de declaração de sua <i>inconstitucionalidade</i>	1	100%
Fixação judicial de prazo para elaboração de ato administrativo normativo em caso de omissão do Poder Executivo	0	0%
SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS	Nº Total	Percentagem
Houve aplicação do <i>sistema vertical</i> ?	0	0%

Fonte: Grupo de pesquisa “Diálogos Interinstitucionais no contexto da pandemia da covid-19: estudo comparativo em distintas realidades” da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, coordenado pela profa. Dra. Cláudia Toledo (2024). Tabulação própria.

Na tabela 2, percebemos a indicação da soma dos resultados coletados referentes às medidas indicadas nelas. A percentagem refere-se a cada grupo de classificação em específico. Como mencionado no início desse capítulo, pretendemos analisar as formas de atuação do poder judiciário colombiano tendo como base a pesquisa de Ginsburg e Versteeg (2020) sobre a atuação do poder executivo como poder emergencial e as formas de controle do poder judiciário, bem como a incidência da aplicação do sistema de freios e contrapesos pelos poderes

subnacionais. Também analisamos a incidência dos diálogos entre o poder judiciário e os demais poderes.

Dos resultados apresentados na tabela 2, notamos a realização de controle formal e material pelo Poder Judiciário em todas as decisões analisadas, o que indica o cumprimento pela Corte Constitucional Colombiana dos preceitos constitucionais sobre exigências procedimentais de controle de constitucionalidade no contexto emergencial. Notamos, contudo, uma presença tímida do controle material com a determinação de que o Poder Executivo adote medidas de combate à pandemia. Também percebemos a ausência de interação dialógica na maioria das decisões analisadas e, por último, a ausência do sistema vertical de freios e contrapesos. Nos aprofundaremos em nossas considerações sobre os resultados coletados na próxima seção.

4.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RESULTADOS ENCONTRADOS

Diante de tudo o que foi exposto até aqui, podemos chegar a algumas considerações sobre a coleta dos resultados da pesquisa empírica de acordo com o nosso marco teórico e o comportamento da Corte Constitucional Colombiana no sistema de seu país. Como vimos no capítulo 3, existe um alto teor de judicialização de temas políticos levados ao Tribunal Constitucional da Colômbia, considerado um dos mais ativistas do mundo. Apresentamos algumas possíveis hipóteses para esse comportamento do poder judiciário, como a descrença nos poderes políticos e uma tradição de independência do poder judiciário.

A temática do direito à saúde em especial trouxe ainda mais à tona o papel da Corte de trazer para si a responsabilidade de temas típicos de outros poderes. A controvérsia sobre o caráter fundamental do direito à saúde só foi solucionada por meio de lei em 2015 e, desde a sua formação, a Corte Constitucional lida com vários casos de judicialização da saúde. Mesmo com a Sentença C760 e com a Lei Estatutária 1.751 de 2015, os índices de judicialização da saúde na Colômbia mantêm-se altos.

Ainda assim, observamos contornos interessantes com os resultados da nossa pesquisa, como brevemente explicado nos outros capítulos, o nosso objetivo principal, por meio do nosso objeto de estudo, é observar a incidência de diálogos interinstitucionais nas decisões da Corte Colombiana no que se refere à proteção e efetivação dos direitos à saúde e direito à vida durante o período da pandemia. Com isso, pretendemos averiguar a nossa hipótese de que os diálogos

interinstitucionais permitiram que direitos fundamentais fossem protegidos durante a pandemia de uma forma mais efetiva, sem que para isso fosse constatada a ascensão de um poder executivo autoritário.

Um segundo ponto de análise com nossos resultados refere-se aos argumentos utilizados para fundamentar as decisões da Corte. Como explicado anteriormente, pretendemos observar a incidência de argumentos institucionais e não-institucionais e o significado disso para o comportamento da Corte, se esse resultado inevitavelmente transparece uma Corte ativista que ultrapassa os limites de seus poderes. Além disso, pretendemos apresentar as nossas próprias ideias sobre os resultados coletados.

O primeiro aspecto de observação a ser destacado é o contexto ao qual se inserem essas sentenças. Da nossa pesquisa, notamos que absolutamente todas as sentenças analisadas, ou seja, as 6 (seis) decisões, apresentaram logo no início uma explicação sobre o Estado de Emergência e de Exceção declarado no país. O Estado de Emergência Econômica, Social e Ecológica foi declarado por meio do Decreto 417, promulgado pelo Presidente da República, em 17 de março de 2020, pelo prazo de 30 (trinta) dias, conforme prevê a Constituição Colombiana em seu art. 215⁷².

Nesse ponto, destacamos que a Constituição Política de 1991 estabelece que o Estado de Emergência poderá ser declarado pelo Presidente da República em situações que perturbem ou ameacem a ordem econômica, social e ecológica do país, bem como em situações de calamidade pública. Em seu parágrafo único, atribui à Corte Constitucional a responsabilidade de decidir sobre a constitucionalidade das declaratórias de emergência. Assim, identificamos que a revisão dos decretos no contexto emergencial realizada pela Corte não se dá primordialmente ou exclusivamente pela mobilização da sociedade civil, como em outras situações mencionadas no capítulo 3, mas ocorre em razão de previsão constitucional, sendo

⁷² Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por periodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. (...)Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento. (COLOMBIA. Constitución (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, 1991).

determinado ao Governo que envie à Corte, no dia seguinte de sua expedição, os decretos que tratem sobre o uso de poderes emergenciais, para que a revisão constitucional seja realizada por ela.

É notório que outros decretos foram expedidos ao longo da pandemia para a prorrogação do período emergencial. Situação similar ocorreu no Brasil. Assim, considerando a evidente excepcionalidade do Estado de Exceção, e aqui não nos adentraremos nos méritos de suas controvérsias, já apresentados no capítulo 2, entendemos que a fundamentação das decisões que realizaram a revisão constitucional dos decretos expedidos durante a pandemia, notoriamente e majoritariamente, se pautou em argumentos não-institucionais.

Na tabela 1, apresentada no último tópico, percebemos que dos 112 argumentos coletados por nós, os três maiores tipos de argumentos foram os dispositivos legais (23); os pragmáticos (25) e os fatos concretos (28), respectivamente 20,5%; 22,3% e 25% da totalidade dos argumentos, ou seja, somente dos argumentos não-institucionais pragmáticos e empíricos apresentados, temos quase a metade da totalidade dos argumentos utilizados para fundamentar essa decisão. Resta-nos o questionamento se, ao nosso ver, isso significa necessariamente um ativismo judicial da Corte Colombiana e, considerando, o contexto do Estado de Emergência declarado e o desconhecimento sobre o vírus da covid-19 combinado há uma crise sanitária sem precedentes, entendemos no presente estudo que não.

Além disso, observamos 10 (dez) argumentos pautados em precedentes, indicando um percentual de 30% em relação à totalidade de argumentos institucionais. Novamente entendemos que a baixa incidência de argumentos pautados em precedentes refere-se ao contexto enfrentado pela primeira vez no país. Em nossa pesquisa notamos que o uso de precedentes na argumentação referia-se, em algumas situações, à generalidade de direitos fundamentais, ou à detalhes técnicos estabelecidos previamente em outras decisões. A Sentencia C-255/20, por exemplo, utilizou-se de precedentes para trazer à tona o Estado de Coisas Inconstitucional, já a Sentencia C-324/20 utiliza-se de precedentes apenas para indicar a não-violação de direitos fundamentais pelo decreto ao argumento de que “o decreto não contém medidas que afetem os direitos fundamentais intangíveis, segundo o estabelecido na sentencia C-723 de 2015”⁷³.

⁷³ “El decreto no contiene medidas que puedan afectar derechos fundamentales intangibles, según lo establecido en la sentencia C-723 de 2015. Tampoco limita el ejercicio de la acción de tutela ni otras garantías constitucionales establecidas para proteger estos derechos.” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-324/2020. Relatoria de Antonio José Lizarazo Ocampo. Bogotá, 19 ago. 2020. p.24) (tradução nossa)

No que se refere aos argumentos morais e éticos, percebemos que muitas vezes foram utilizados para fundamentar a preocupação com a violação de direitos fundamentais de grupos ou pessoas em específico. Na paradigmática Sentencia C-255/20, que apresentou o maior número registrado por nós de argumentos morais e éticos, nota-se uma preocupação da Corte com o coletivo quando aponta, por exemplo, que

124. A necessidade da primeira medida, portanto, justifica-se pela necessidade de reduzir o número de pessoas privadas de liberdade em centros destinados a esse fim, tendo em conta prioritariamente aquelas que são consideradas especialmente vulneráveis aos efeitos da pandemia. O objetivo é proteger os direitos desses indivíduos em particular (aqueles privados de liberdade) e a saúde pública da sociedade em geral.⁷⁴ (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SENTENCIA C-255/20, 2020, p.71) (tradução livre do espanhol) (tradução nossa).

Mesmo com a maioria de argumentos não-institucionais apresentados, a Corte procurou pautar suas fundamentações combinadas aos dispositivos legais e precedentes, apesar de não termos observado em uma sentença sequer o uso da doutrina. No entanto, entendemos inevitável a argumentação empírica, já que os decretos analisados por nós referiam-se, em sua totalidade, à pandemia. Ora, como é possível argumentar sobre a necessidade e adequação de um decreto sobre a pandemia sem considerar os fatos concretos e dados científicos desse período? Ou mesmo sem considerar os meios adequados, em uma relação meio-fim dos argumentos pragmáticos? Ou sem considerar a preocupação com o coletivo ou com um grupo específico de pessoas, como vimos por meios dos argumentos morais e éticos? Nesse sentido, entendemos que não é possível tomar conclusões sem que de fato coloquemos na balança o peso do contexto vivido no momento das decisões.

Um segundo aspecto a ser considerado é o direito à saúde em si. Das decisões analisadas, as referências diretas à proteção ao direito à saúde ou ao direito à vida não são muitas, percebemos sua incidência principalmente nas decisões que revisam decretos especificamente destinados à proteção desses direitos, como a Sentencia C-255/20. Contudo, é simples constatar que os decretos analisados, evidentemente, possuem como pano de fundo a garantia destes

⁷⁴ “124. La necesidad de la primera medida, por tanto, se justifica en tener que reducir el número de personas privadas de la libertad en los centros destinados para tal fin, teniendo en cuenta prioritariamente a aquellas que se consideran especialmente vulnerables a los efectos de la pandemia. Se busca proteger los derechos de estas personas en concreto (las privadas de la libertad) y la salud pública de la sociedad en general.” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-255/2020. Relatoria de Diana Fajardo Rivera. Bogotá, 22 jul. 2020. p.71) (tradução nossa)

direitos. Inclusive, ressaltamos a inevitável presença da máxima da proporcionalidade para realizar o sopesamento de outros direitos. Assim, apesar da não menção direta em alguns momentos, tomamos o cuidado de analisarmos as decisões que têm como pano de fundo esses direitos.

O terceiro aspecto a ser observado são os diálogos propriamente ditos. Conforme apresentado na tabela 2, todas as decisões realizaram o controle formal e o controle material de análise às restrições de direitos. Esses resultados não nos surpreendem, já que é uma função constitucionalmente estabelecida da Corte realizar esses tipos de controle. Em contrapartida, 2 decisões indicaram ordem judicial a ser cumprida pelo executivo para a tomada de medidas de combate à pandemia, representando 14% do total das decisões analisadas. Ou seja, a presença de um controle e regulação das ações do Poder Executivo feita pelo Poder Judiciário, conforme defendem Ginsburg e Versteeg (2020) foi constatada na minoria dos casos analisados.

Isso significa não somente uma verificação de se os requisitos processuais e constitucionais foram cumpridos pelo Poder Executivo, mas também e, principalmente, a presença de um diálogo entre os poderes, já que essas ações do judiciário proporcionaram a identificação de pontos-cegos na tomada de decisões e, daí, surgiram as recomendações de adoção de medidas específicas ao executivo (Ginsburg; Versteeg, 2020, p. 54). Como apontam os autores, constatamos na nossa pesquisa empírica que o preparo das Cortes para identificar os interesses individuais que estão em jogo e para demandar justificativas fundamentadas colaborou para a tomada de decisões e ações dialógicas entre os poderes nesses casos específicos.

Ainda, no que se refere à indicação judicial de diretrizes para a elaboração de novo ato pelos demais poderes, a constatamos em apenas uma decisão - a Sentencia C-255/20 - acima mencionada. Novamente destacamos a abrangência da temática tratada na mencionada sentença, a mais paradigmática para a nossa coleta de resultados. Isso significa, ao nosso entendimento, que, na maioria das decisões proferidas no contexto pandêmico relacionados ao direito à saúde, os poderes encontravam-se de acordo com a necessidade de aplicação das medidas indicadas em cada decreto, e agiram dentro dos seus limites constitucionalmente estabelecidos. A Corte Constitucional praticou adequadamente o seu papel de realizar o controle judicial e de constitucionalidade de cada artigo de cada decreto, justificando, por meio dos argumentos acima enumerados, a constitucionalidade ou a constitucionalidade condicionada.

Mas isso não significa necessariamente que os poderes colombianos cumprem seus papéis perfeitamente. Na verdade, como indicamos no capítulo 3, o papel ativo da Corte se mantém, bem como a judicialização da saúde no país. Esse não é um cenário que se modificou de repente devido à pandemia. O que entendemos dos resultados coletados é que os poderes se viram obrigados a agir conjuntamente e rapidamente para garantir os direitos mais básicos à sua população, e que a declaração de um Estado Emergencial possibilitou que essas medidas fossem tomadas de forma mais célere, devido à autorização constitucional para tal.

Em nossa busca no site da Corte Constitucional Colombiana, essas foram as decisões encontradas com os termos de busca utilizados por nós. Não nos detivemos na busca de outras ações fora dessas delimitações e, por isso, não apresentamos na presente pesquisa resultados e constatações sobre ações de constitucionalidade apresentadas por cidadãos colombianos durante esse período ou, até mesmo, ações de tutela. Também não verificamos a existência do sistema de freios e contrapesos vertical dos poderes executivos subnacionais nessas sentenças em específico, o que não necessariamente significa que isso não ocorreu, apenas significa que esses resultados não foram encontrados dentro dos nossos critérios de busca e do nosso recorte temporal. Contudo, para maior elucidação, destacamos os dados apresentados no capítulo 3 coletados pela Defensoria del Pueblo em 2023, que indicam um aumento das ações de tutela após a pandemia.

Conforme apontamos, a pandemia da covid-19 gerou um impacto catastrófico para o país sul-americano, ampliando ainda mais a desigualdade socioeconômica e os problemas sociais enfrentados. Os poderes buscaram cumprir com os deveres mais básicos de garantia dos direitos fundamentais, como notamos das decisões analisadas, mas isso não significa necessariamente que as medidas foram totalmente exitosas. Dentro disso, Yenny Caicedo afirma que o Poder Executivo colombiano concentrou demasiado poder em suas mãos com a declaratória de estado emergencial, utilizando-se das ferramentas constitucionais para concentrar esse domínio sem gerar alertas ao judiciário ou à sociedade civil, demonstrando um desequilíbrio democrático no país (2023, p. 120).

Para chegar a essa conclusão, a pesquisadora verificou a ocorrência de 216 decretos expedidos pelo executivo durante o período de 13 de março de 2020 a 28 de junho de 2021, com naturezas diversas para enfrentar a crise, afirmando que o Executivo utilizou-se dos poderes excepcionais concedidos pelo artigo 215 da Constituição Política de 1991 para criar decretos com conteúdo legislativo (2023, p. 109). Apesar de não ser o foco da nossa análise,

que foi puramente jurisprudencial, os resultados encontrados pela pesquisadora complementam nosso entendimento de que os poderes colombianos não necessariamente se mantiveram nos limites de suas competências e que ainda existe um longo caminho para a efetivação plena de diálogos interinstitucionais.

Ainda, não podemos deixar de constatar a presença dialógica com a sociedade civil em algumas sentenças da Corte que, como apontado por nós anteriormente, se preocupou em elucidar as opiniões de diversos grupos da sociedade civil sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos artigos dos decretos analisados.

Por tudo o que foi exposto, percebemos que o diálogo é necessário para controlar a atuação autoritária do executivo, como Versteeg e Ginsburg apontam (2020), e que os entendimentos do filósofo italiano Giorgio Agamben (2019) não podem de forma nenhuma serem desconsiderados durante o contexto pandêmico. É evidente que, como inúmeras vezes ressaltado por nós, a pandemia trouxe peculiaridades nunca enfrentadas pelos Estados Democráticos, e defendemos nossa hipótese que o diálogo é uma alternativa viável e possível para a construção conjunta de mecanismos efetivos de proteção aos direitos fundamentais, mas que os resultados de nossa pesquisa demonstraram que a sua aplicação plena ainda não foi atingida. É necessário aprimorá-la e, para isso, entendemos a necessidade de mudança no comportamento dos poderes. Notamos que, enquanto a atuação dos poderes executivo e legislativo for omissa ou incompleta, o grau de judicialização se manterá alto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como indicado, a nossa hipótese defendida no presente trabalho é a de que os diálogos funcionam como uma característica constitucional-democrática que permite a construção conjunta entre os poderes e a sociedade civil de formas mais satisfatórias de proteção dos direitos humanos, em especial, o direito à saúde, enriquecendo o discurso do poder judiciário. Contudo, com base nos dados coletados no capítulo anterior, esses diálogos ainda não se comprovam em sua completude na realidade da sociedade colombiana, sendo necessários aprimoramentos políticos e sociais para que os poderes possam atuar de forma plenamente dialógica dentro dos seus limites.

Apesar de não termos nos adentrado na atuação do poder executivo em si, pudemos observar uma tentativa de sobreposição de suas responsabilidades em relação aos demais poderes, o que, em consequência, intensificou a atuação ativa da Corte Colombiana.

Em contrapartida, como vimos, a Corte Constitucional Colombiana possui uma atuação paradigmática justamente porque, em muitas situações, foi confrontada com a necessidade de suprir as omissões – ou demasiadas ações - dos demais poderes no que se refere à proteção dos direitos humanos, em especial, o direito à saúde. Os altos índices de judicialização da política e, conseqüentemente, da saúde apresentados no capítulo 3 comprovam uma ineficiência do poder legislativo em criar leis eficazes de proteção desse direito e do poder executivo de construir políticas públicas adequadas à realidade do país. Em consequência, a ação pública de constitucionalidade e a ação de tutela surgem como mecanismos para a população buscar a proteção dos seus direitos diretamente através do Tribunal Constitucional, o que implica nessa atuação ativa da Corte em fazer prevalecer os preceitos constitucionais.

Notamos, com isso, através dos dados coletados, que a Corte Constitucional Colombiana realizou o controle de decretos executivos e legislativos com o objetivo de proteger os direitos básicos – à saúde e à vida – de sua população em um contexto emergencial. E, por mais que a presença constante dos controles formal e material, bem como da indicação de diretrizes a serem cumpridas pelos demais poderes, tenha sido identificada nas decisões analisadas por nós, indicando a confirmação, em certa medida, da presença do diálogo entre poderes, entendemos que o resultado foi insuficiente para comprovar um diálogo constitucional satisfatório. Os próprios índices da pandemia apresentados no início do capítulo 4 demonstram que a população colombiana foi atingida severamente pelas consequências da ineficiência dos

poderes em combater a pandemia de formas eficazes, desembocando em uma ampliação tremenda de desigualdades nesse país latino-americano. E é justamente por isso que entendemos a necessidade de diálogos interinstitucionais em matéria constitucional para construir uma democracia que se aproveite inteiramente das atribuições de cada poder.

Em compensação, notamos a presença de uma argumentação dialógica com outros ramos da ciência nas decisões analisadas, que se valeu de argumentos oriundos do discurso prático-geral e do discurso jurídico, já que o contexto da pandemia demandou a análise da realidade fática e dos dados científicos para justificar a urgência e a necessidade de certas medidas adotadas. Além disso, conforme previsto, notamos a constante presença do sopesamento de princípios através da máxima da proporcionalidade, principalmente na análise dos direitos à saúde e à vida.

Assim, através da nossa pesquisa, pudemos entender a razão de ser das decisões da Corte Constitucional com base em suas atribuições e no contexto político e social do país. Constatamos uma presença ainda tímida de diálogos e, com isso, a necessidade de aprofundamento maior da construção dialógica entre os poderes e a sociedade civil.

Diante de tudo o que foi exposto, mantemos o nosso posicionamento de que os estudos das teorias dialógicas em matéria constitucional para a proteção de direitos humanos, com base em diferentes realidades e contextos, é uma forma de, por meio do respeito à pluralidade, construirmos uma democracia verdadeiramente igualitária e justa, mas que ainda há um longo caminho a ser percorrido para que possamos constatar essas teorias em sua completude na realidade analisada por nós.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti. 7ª reimpressão, São Paulo: Boitempo, 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 85-176.
- ALLENDE, Isabel. **Paula**. Tradução de Irene Moutinho. 23ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2024.
- ARAÚJO, Sylvia Maria Cortês Bonifácio de; BARBOSA, Claudia Maria; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. Desenho institucional e judicialização da política nas cortes constitucionais brasileira e colombiana: uma análise comparada. **Rei-Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 247-277, 2018.
- ARBELÁEZ, Mónica. La protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. **DS: Derecho y salud**, v. 14, n. 2, p. 205-240, 2006.
- AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5il.54934
- BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>. Acesso em: 9 fev. 2025.
- BORDA, Luis Villar. Influencia de Kelsen en el actual sistema colombiano de control jurisdiccional de La Constitución. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, Universidad Externato da Colombia, n. 9, 2000.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 08 out. 2024.
- CAJAS SARRIA, Mario Alberto. La Corte Suprema de Justicia bajo el gobierno del general Gustavo Rojas Pinilla. **Revista de estudios sociales**, [s.l.], n. 50, p. 127-139, 2014.
- CAJAS SARRIA, Mario Alberto. La construcción de la justicia constitucional colombiana: una aproximación histórica y política, 1910-1991. **Ediciones Uniandes-Universidad de los Andes**, 2015.
- CELEMIN CAICEDO, Yenny Andrea. Os poderes de exceção do presidente. Notas para contribuir ao seu entendimento, a partir da emergência econômica, social e ecológica gerada pela covid-19 na Colômbia. **Revista da Faculdade de Direito UFPR, [S. l.]**, v. 67, n. 3, p. 91-123, 2023. DOI: 10.5380/rfdufpr.v67i3.88209. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/88209> . Acesso em: 24 fev. 2025.
- CEPEDA-ESPINOSA, Manoel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 3, n. 4, p. 529-700, 2004.

CEPEDA-ESPINOSA, Manoel José. **Polémicas Constitucionales**, Bogotá: Legis, 2007.

COLÔMBIA. **Ato Legislativo nº 03, de 31 de outubro de 1910**. Diário Oficial da Colômbia: Bogotá, 1 nov. 1910. Disponível em: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825559> . Acesso em: 15 set. 2024.

COLOMBIA. [Constitución (1991)]. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá, 2024. Disponível em:

<https://siteal.iep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/constitucion_politica_de_la_republica_de_colombia_organized.pdf> . Acesso em: 04 out. 2024.

COLOMBIA. **Decreto nº 2067, de 04 de setembro de 1991**. Bogotá, 1991. Disponível:

<<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=30150>>. Acesso em: 08 out. 2024.

COLOMBIA. Defensoria del Pueblo. **Principales reglas de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud en Colombia**. 2023. Disponível:

<<https://www.corteconstitucional.gov.co/transparencia/publicaciones/Obra-reglas-jurisprudenciales-del-derecho-a-la-salud-en-Colombia.pdf>> . Acesso em: 20 out. 2024.

COLOMBIA. **Ley Estatutaria 1.751**. Bogotá, 2015. Disponível em:

<<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=60733>> . Acesso em: 12 nov. 2024.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia C-255/2020**. Relatoria de Diana Fajardo Rivera. Bogotá, 22 jul. 2020. Disponível em:

<<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-255-20>> .. Acesso em: 06 fev. 2025

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia C-307/2020**. Relatoria de Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá, 12 ago. 2020. Disponível em:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-307-20.htm>. Acesso em: 27 jan. 2025.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia C-324/2020**. Relatoria de Antonio José Lizarazo Ocampo. Bogotá, 19 ago. 2020. Disponível:

<<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-324-20.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2025

D'ÁVILA, Luciana Souza; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; AITH, Fernando Mussa Abujamra. A judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia: uma discussão à luz do novo constitucionalismo latino-americano. **Saúde e Sociedade**, v. 29, n. 3, p. e190424, 2020.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. Restrição dos direitos fundamentais. **Possibilidades e limites do controle judicial das políticas públicas de saúde**. 1. ed. São Paulo: Editora Fórum, 2020. p. 114-132.

GAVIRIA TRUJILLO, Cesar. **Discurso del Presidente de la República, César Gaviria Trujillo en el acto protocolario de promulgación de la Constitución Política de 1991**. 4 jul. de 1991: Bogotá: versão televisada disponible en:

<https://www.youtube.com/watch?v=IY9fyf13OV0>, minuto 4:37. Acesso em 27 set. 2024.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic. 2020. **Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper** No. 2020-52, U

of Chicago, Public Law Working Paper No. 747. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3608974>. Acesso em: 15 fev. 2025.

GONZÁLEZ, Jácome. ¿Para qué una Corte Constitucional en la Colombia de 1968?: reflexiones en torno a la tensión de los poderes públicos. **Justicia Constitucional, el rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo**, Ricardo Sanín (Coord.). Bogotá: Legis y Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRA, Liziane Angelotti; SANTANA, Hadassah Laís de Souza; LUZ, Eduardo Silva. Aproximações entre o Processo de Composição das Cortes Constitucionais: Brasil, Chile e Colômbia. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, p. 539-566, 2020.

MUÑOZ, Eduardo Cifuentes. **Informe sobre la jurisdicción constitucional en Colombia**. Ius Et Praxis. Talca, Universidade de Talca, 2000.

OLIVER, Mary. The summer day. In: **The house of light**. Boston: Beacon Press, 1990.

PRADA, Sergio I.; GARCIA-GARCIA, Maria Paula; GUZMAN, Javier. COVID-19 response in Colombia: Hits and misses. **Health Policy and Technology**. Elsevier Ltd, 2211-8837, 2022 March 22. Disponível em: <<https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC8940255/>>. Acesso em: 08 mai. 2025

PRAZAK, Maurício Avila; SOARES, Marcelo Negri; AIRES, Rafael de Ataíde Aires. Neoconstitucionalismo no Brasil e a Relação com a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial. **Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 18 - n. 3, p. 199-223, 2020 - Ed. Especial**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume18_numero3/volume18_numero3_199.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2025

ROJAS, Helio Caballero; PERILLA, Mónica Mojica. El derecho a la salud, el litigio y el aporte de la Corte Constitucional colombiana: una revisión sistemática de literatura. **Interface-Comunicação, Saúde, Educação**, v. 25, p. e200331, 2021.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 203, p. 185-204, jul./set. 2014.

TOLEDO, Claudia (coord.). **Ativismo Judicial vs. Controle Judicial-Um Estudo a Partir da Análise Argumentativa da Fundamentação das Decisões do Poder Judiciário Brasileiro e do Tribunal Constitucional da Argentina, México e Alemanha**. Belo Horizonte: Fórum, p. 385-422, 2022.

TELLO, Diana Carolina Valencia. A soberania como autonomia constitucional no século XXI. Análise do impacto da Corte Constitucional Colombiana na concretização dos direitos humanos. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 21, n. 21, p. 136-154, 2016.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, p. 47-71, setembro de 1999, 2ª edição, 2014.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 6, p.53-69, 2007.