

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

PROPORCIONALIDADE, JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL
E PROCESSOS ESTRUTURAIS

ANIZIO PIRES GAVIAO FILHO
DIEGO ÁVILA RODRIGUES

PROPORCIONALIDADE, JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL E PROCESSOS ESTRUTURAIS

PROPORTIONALITY, JUDICIAL JUSTIFICATION AND STRUCTURAL LITIGATION

Recebido: 10/05/2022
Aprovado: 21/06/2023

Anizio Pires Gavião Filho¹
Diego Ávila Rodrigues²

RESUMO:

O teste da proporcionalidade é uma ferramenta metodológica que serve à análise da justificação de medidas estatais que afetam o escopo de proteção de direitos fundamentais. As medidas estatais fixadas na legislação e dadas nas decisões da administração afetam direitos fundamentais. Igualmente, as omissões do legislador e da administração na proteção de direitos fundamentais. Esta discussão analisa a aplicação do teste da proporcionalidade no processo judicial estrutural em que se discute a implementação de ações materiais concretas pelo poder público. O objetivo é mostrar que o teste da proporcionalidade pode emprestar melhor justificação as decisões tomadas nos processos estruturais. Aplicando o método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica comparativa, a investigação propõe análise da célebre julgado *Brown v. Board of Education of Topeka* da Suprema Corte dos Estados Unidos e do julgado Caso das Pessoas Despejadas do Tribunal Constitucional da Colômbia.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Argumentação jurídica. Processo Estrutural.

ABSTRACT:

The proportionality test is a methodological tool that serves the analysis of the justification of state measures that affect the scope of protection of fundamental rights. State measures fixed in legislation and given in decisions of the administration affect fundamental rights. Likewise, omissions of the legislature and administration in protecting fundamental rights. This discussion analyzes the application of the proportionality test in structural judicial proceedings in which the implementation of concrete material actions by public authorities is discussed. The goal is to show that the proportionality test can provide better justification for decisions taken in structural proceedings. Applying the hypothetical-deductive method and the technique of comparative bibliographic research, the investigation proposes an analysis of the famous judgment of the Supreme Court of the United States in *Brown v. Board of Education of Topeka* and the judgment of the Constitutional Court of Colombia in the Case of the Evicted Persons.

Keywords: Proportionality. Judicial Justification. Structural Litigation.

¹ Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1985), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004) e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2010). Professor Titular Coordenador PPGD -Mestrado Acadêmico - da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Professor Coordenador do Projeto de Pesquisa Colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica do PPGD/FMP. E-mail: piresgaviao@hotmail.com

² Mestrando do PPGD/FMP - Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (Faculdade IDC) e em Direito Público pela Faculdade IMED. E-mail: dieavilla@gmail.com

INTRODUÇÃO

A presente investigação tem por objeto discutir o papel do teste da proporcionalidade na fundamentação das decisões judiciais dadas nos designados processos estruturais. A relevância dessa discussão está na importância do emprego da ferramenta metodológica do teste da proporcionalidade no contexto do constitucionalismo de direitos e na atualidade do recurso aos processos estruturais como alternativa de solução de conflitos. Cada vez mais os tribunais constitucionais e igualmente os tribunais ordinários têm empregado ao teste da proporcionalidade para avaliar a justificação de restrições ou limites ao escopo de proteção dos direitos fundamentais e, igualmente, tem recorrido a decisões estruturais para resolver conflitos de alta complexidade, que, normalmente, colocam em jogo não apenas direitos fundamentais, mas, também, questões de competência da legislação, da administração e da jurisdição.

O que se pretende responder é se o teste da proporcionalidade pode ser útil à fundamentação de decisões estruturais e, em caso positivo, quais são as exigências colocadas nos processos estruturais que devem ser satisfeitas para a justificação racional dessas decisões.

A fim de cuidar desse tema, esta investigação será desenvolvida em três partes.

Na primeira parte, serão dados os elementos conformadores da estrutura *standard* do teste da proporcionalidade. A segunda parte será destinada a uma análise da decisão *Brown v. Board Of Education Of Topeka* da Suprema Corte dos Estados Unidos (ESTADOS UNIDOS, 1953) a luz do teste da proporcionalidade. A terceira parte terá por objeto a discussão sobre o processo estrutural e sua funcionalidade, tomando-se como ponto de partida a decisão seminal do Tribunal Constitucional da Colômbia (COLÔMBIA, 2004), no Caso das Pessoas Despejadas. Nessa última parte, será examinado o papel do teste da proporcionalidade na justificação das decisões estruturais.

Com recurso ao método de pesquisa hipotético-dedutivo e análise comparativa de material bibliográfico, pretende-se justificar a conclusão de que o teste da proporcionalidade é uma ferramenta metodológica válida e extremamente útil na justificação das decisões judiciais, especialmente no âmbito dos processos estruturais, tanto para determinar a existência da violação não justificada de direitos fundamentais, quanto para definir os meios necessários à cessação de situações de inconstitucionalidade.

O TESTE DE PROPORCIONALIDADE

O constitucionalismo moderno, base das democracias constitucionais, é fundamentado e limitado pelo respeito aos direitos fundamentais e às liberdades individuais. Originado em um contexto pós Segunda Guerra Mundial, traz em seu núcleo a limitação das ações estatais, no sentido de proteger os indivíduos de eventual agir indevido do próprio Estado. Os direitos fundamentais constituem um elemento central das democracias, sem o qual não há como conceber uma verdadeira democracia constitucional.

Nesse sentido, assevera Aharon Barak (2012, p. 161):

Direitos humanos constituem uma parte essencial das democracias modernas. Nunca devemos esquecer que essas democracias foram construídas sobre as ruínas da Segunda Guerra Mundial e do Holocausto. Tire os direitos humanos da democracia e a democracia perderá sua alma. Os direitos humanos são as joias da coroa da democracia. Uma democracia sem direitos humanos é como um recipiente vazio.³

³ Tradução livre. No original: "Human rights constitute an essential part of modern democracies. We should never forget that these democracies were built atop the ruins of the Second World War and the Holocaust. Take human rights out of democracy, and democracy has lost its soul. Human rights are the crown jewels of democracy. A democracy without human rights is like an empty vessel."

Porém, conforme afirmam Vitor Rhein Schirato e Sérgio Rhein Schirato (2020, p. 3), desde o século XIX, passou-se a compreender a necessidade de possibilitar, ao menos em um determinado nível, a intervenção nesses direitos, especialmente no que tange às liberdades individuais, a fim de garantir o bem comum, o interesse geral ou o interesse público, objetivando o adequado funcionamento da sociedade.

Existem dois tipos de limitação possíveis aos direitos fundamentais: o primeiro fundado na necessidade de preservação dos direitos de outro indivíduo e o segundo no resguardo dos interesses públicos. Ou seja, em uma sociedade democrática, é possível a limitação dos direitos fundamentais, a fim de garantir a própria democracia, mas, também, a saúde pública, a educação e a segurança, além de outros interesses públicos, coletivos ou individuais. (BARAK, 2012, p. 161-162).

Essa visão, especialmente quanto à limitação de direitos fundamentais em benefício da sociedade ou dos demais indivíduos que nela convivem, ganha ainda mais relevância quando considerados os direitos fundamentais sociais, existentes em diversas constituições, como a brasileira, que, além de limitar o poder estatal, impõe deveres positivos ao administrador público, no sentido de buscar garantir aos indivíduos daquela sociedade, da melhor forma possível, a concretização desses direitos fundamentais.

O problema decorrente da possibilidade de limitação dos direitos fundamentais passa, então, a ser a forma como estabelecer até que ponto a intervenção é ou não legítima. E é justamente esse o objeto da proporcionalidade.

Desta forma, a proporcionalidade reconhece que os direitos dos indivíduos, enquanto inseridos em uma sociedade, podem, justamente em virtude desse contexto, sofrer limitações, desde que fundadas na busca pela concretização de objetivos sociais relevantes.

Nesse sentido, para Barak (2012, p. 165):

Proporcionalidade, portanto, representa a noção de que o indivíduo vive em uma sociedade e faz parte dela; que a própria existência dessa sociedade - suas necessidades, bem como sua tradição - pode fornecer uma justificativa para a limitação dos direitos humanos por meio de leis proporcionais. Direitos constitucionais são direitos do indivíduo como parte da sociedade; consequentemente, eles podem ser limitados por leis infraconstitucionais que busquem objetivos sociais adequados.⁴

Nessa perspectiva, Vicki C. Jackson (2015, p. 3098-3099) explica que a proporcionalidade pode ser vista como um princípio jurídico, como um objetivo governamental ou como uma metodologia para as decisões judiciais (*judicial review*). Salientando que, como um princípio de direito e objetivo governamental, a proporcionalidade é um preceito de justiça, representando a ideia de que quanto maiores as restrições impostas pelo Estado, maior deve ser a relevância das razões de tal imposição, bem como que as transgressões à lei devem ser mais severamente punidas de acordo com a sua gravidade. Ao passo que, como uma metodologia para a justificação de decisões, o teste da proporcionalidade é utilizado pelos tribunais constitucionais de diversos Estados democráticos, como Alemanha e Canadá, como uma sequência estruturada de passos para a adequada fundamentação das decisões judiciais.

Essa sequência de passos para a fundamentação das decisões judiciais, especialmente quando colidentes direitos fundamentais, constitui o teste da proporcionalidade e seu objetivo é, justamente, proporcionar uma metodologia decisória que permita concluir se determinada ação ou legislação, que limite um direito constitucional, justifica-se no âmbito de aplicação da constituição.

⁴ Tradução livre. No original: “[...] Proportionality, therefore, represents the notion that the individual lives within a society and is a part thereof; that the very existence of that society – its needs, as well as its tradition – may provide a justification to the limitation of human rights through laws that are proportional. Constitutional rights are rights of the individual as part of the society; accordingly, they may be limited by sub-constitutional laws serving proper social goals.”

O teste da proporcionalidade foi desenvolvido, ao final do século XIX, na Alemanha, pelos tribunais administrativos, com sua utilização, inicialmente, em casos envolvendo medidas policiais e direito à liberdade ou à propriedade, quando a legislação atribuía discricionariedade policial ou regulava a atividade de maneira vaga. Nesses casos, a ação policial deveria ser adequada às finalidades legais, utilizar os meios menos intrusivos e, ainda, ser proporcional ao objetivo buscado. Com a criação do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1951, o teste começou a ser aplicado em relação a direitos fundamentais. E, ao longo de suas decisões, o Tribunal Constitucional Federal alemão foi apresentando seus requisitos e bases, consolidando a ideia de que os direitos fundamentais e liberdades individuais apenas podem ser limitados na medida absolutamente necessária para proteger interesses públicos relevantes. (GRIMM, 2007, p. 384-386).

O teste da proporcionalidade não é aplicado do mesmo modo e com a mesma configuração por todos os tribunais constitucionais. Igualmente, não há uniformidade na sua configuração por parte da dogmática jurídica. Assim, por exemplo, o teste da proporcionalidade aparece estruturado em três ou quatro etapas ou passos⁵. Além disso, nem todos os casos de aplicação pelos tribunais constitucionais conferem a mesma atenção a todas as etapas ou passos do teste da proporcionalidade. Alguns tribunais constitucionais focam sua análise mais em uma etapa do que em outra⁶.

Portanto, o teste da proporcionalidade, em linhas gerais, refere-se a uma forma de analisar a correlação entre os meios eleitos para atingir a um determinado fim e a limitação que tais meios implicam a um direito fundamental ou liberdade individual, diversos ou não, daqueles que buscam proteger ou promover.

Acerca dessa relação, assevera Laura Clérico (2009, p. 43):

A relação de fomento entre o meio e o fim é necessária se a validade do direito fundamental afetado pela medida for levada a sério. Não se trata apenas da relação entre meio e fim, mas também de evitar afetar o direito fundamental, seja por ação excessiva, ação insuficiente ou omissão. [...] ⁷

A primeira etapa do teste de proporcionalidade, a que alguns autores se referem como etapa preliminar, refere-se à legitimidade do fim buscado. Ou seja, apenas a busca por um fim legal e legítimo pode justificar a intervenção em um direito fundamental ou liberdade individual. Caso o objetivo seja ilegal ou ilegítimo, sequer há necessidade de análise das demais etapas do teste, pois a medida estatal analisada será desproporcional e assim contrária à constituição (SCHIRATO; SCHIRATO, 2020, p. 6).

Caso a ação ou legislação possua finalidade legítima, passa-se, então, à análise de sua adequação para a busca do fim almejado. Nesta etapa, portanto, o questionamento é, de forma geral, se aquela medida contribui ou não para o objetivo colimado. Ou, ainda, se há conexão racional entre os meios eleitos e os fins. Nessa etapa, não se investiga sobre qual é melhor meio para atingir a finalidade, mas, apenas, na existência de conexão racional entre ambos. (CLÉRICO, 2009, p. 62).⁸

⁵ Barak (2012, p. 131), por exemplo, divide o teste em quatro etapas: propósito legítimo, conexão racional, necessidade dos meios e correlação entre os benefícios almejados e os prejuízos causados ao direito constitucional (proporcionalidade em sentido estrito); já Grimm (2007, p. 387-388), ao comparar o teste de proporcionalidade na Alemanha e no Canadá, assevera que ambos seguem procedimento parecido, primeiramente determinando a legitimidade do fim buscado e, após, aplicando o teste da proporcionalidade em três passos, que relacionam adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente dita.

⁶ Sobre as diferentes formas de aplicação do teste da proporcionalidade em diferentes países, ver, a título exemplificativo, a obra de Dieter Grimm (2007), que traça uma comparação entre o teste da proporcionalidade e sua aplicação na Alemanha e no Canadá.

⁷ Tradução livre. No original: "La relación de fomento entre el medio y el fin es exigida si la validez del derecho fundamental afectado por la medida es tomada en serio. No se trata sólo de la relación entre medio y fin, sino también de evitar la afectación del derecho fundamental, ya sea por acción excesiva, acción insuficiente o por omisión. [...]"

⁸ A autora, ainda, destaca a existência de uma versão fortíssima do da adequação técnica, ressaltando que deve servir de orientação aos poderes executivo e legislativo, bem como aos órgãos de controle político de cidadania, mas não devem ser utilizados na decisão jurídica. (CLÉRICO, 2009, p. 60).

A terceira etapa do teste de proporcionalidade consiste em avaliar a necessidade do meio para atingir o objetivo escolhido. Implica, especialmente, em avaliar se não há outra forma, menos intrusiva nos direitos fundamentais e liberdades individuais, capaz de alcançar as mesmas finalidades. Portanto, nesta etapa, deve-se considerar se a afetação ao direito fundamental ou liberdade não poderia ser menor, ou mesmo evitada, pela escolha de outro meio igualmente eficiente.

Nesse sentido, correlacionando a etapa da necessidade com a eficiência de Pareto como forma de evitar o sacrifício desnecessário de direitos fundamentais, vale destacar as palavras de Robert Alexy (2015, 591):

Nesse sentido, também a máxima da necessidade é expressão da ideia de eficiência de Pareto. Em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição. É claro que, ao contrário do que ocorre com o exame da adequação, aqui não ocorre uma simples eliminação de meios. Mas ao legislador também não é prescrita categoricamente a adoção do meio que intervém em menor intensidade. O que se diz é apenas que, se o legislador quiser perseguir o objetivo escolhido, ele pode adotar apenas o meio mais suave, ou um meio igualmente suave ou um meio a inda mais suave. Isso não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.

Por fim, a última etapa, refere-se à proporcionalidade propriamente dita, ou *stricto sensu*, e requer uma ponderação entre a gravidade da intervenção no direito fundamental afetado e a relevância do objetivo buscado. É, em outras palavras, ponderar se a intervenção no direito fundamental ou liberdade individual, naquele grau, justifica-se pelo ganho objetivado pela ação ou legislação contestada. Ou seja, não basta que determinado meio seja adequado e impacte da forma menos grave possível um direito fundamental ou liberdade, mas, também, que seja justificada a intervenção, frente aos benefícios objetivados com a sua concretização.

Clérico (2009, p. 163) afirma que:

O exame da proporcionalidade em sentido estrito envolve indagar sobre a importância de se atingir a finalidade e a intensidade da limitação do direito fundamental (ocasionada pela persecução da finalidade da medida estatal). Que uma medida estatal seja tecnicamente adequada e menos prejudicial são certamente argumentos que falam a favor da finalidade que buscam justificar a limitação do direito fundamental. No entanto, não são suficientes para considerar definitivamente justificada tal limitação. O requisito de justificação fundamental requer algo mais. Os argumentos que falam a favor dos meios devem ser considerados em face aos argumentos que falam contra ele.⁹

Essa, de fato, talvez seja a etapa mais complexa do teste de proporcionalidade, pois exige uma avaliação dos direitos e princípios constitucionais atingidos, tanto daquele que se busca fomentar quanto daquele afetado pelo meio eleito, em abstrato, bem como do grau da gravidade da intervenção e dos potenciais benefícios, em concreto.

É objetivando solucionar essa etapa do teste de proporcionalidade que Alexy (2015, p. 594) divide a ponderação em três passos:

A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um

⁹ Tradução livre. No original: El examen de proporcionalidad en sentido estricto supone preguntar por la importancia de la realización del fin y por la intensidad de la limitación del derecho fundamental (causada por la persecución del fin de la medida estatal). Que una medida estatal sea adecuada técnicamente y la menos lesiva son ciertamente argumentos que hablan a favor del fin y que pretenden justificar la limitación del derecho fundamental. Sin embargo, no bastan para dar por justificada definitivamente una limitación tal. La exigencia de justificabilidad iusfundamental exige algo más. Los argumentos que hablan a favor del medio deben ser considerados de cara a los argumentos que hablan en su contra.

segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.

Portanto, o meio escolhido será proporcional apenas quando o resultado almejado seja mais relevante do que a gravidade da intervenção realizada. Para tanto, deve-se considerar a realidade atual de concretização dos direitos, tanto daquele buscado quanto do afetado, bem como a amplitude do ganho almejado em contraste com gravidade da intervenção requerida pelo meio eleito.

Nesse norte, ainda, imperioso destacar que não se trata, apenas, de avaliar o meio sob a ótica do direito afetado, devendo ser ponderado com especial atenção o objetivo buscado, uma vez que, assim como o princípio da proporcionalidade impede a intervenção excessiva em direitos fundamentais, também deve impedir a violação do dever estatal de defesa dos direitos fundamentais, por eventual proteção insuficiente.

É justamente com base no dever de proteção estatal que Mônia Clarissa Hennig Leal e Rosana Helena Maas (2020, p. 108-109) defendem a possibilidade de intervenção do judiciário em políticas públicas, indicando possíveis omissões e desvirtuamentos, tendo como critérios a “proibição à proteção insuficiente” e a “proibição de excesso”, mediante aplicação da proporcionalidade.

Com base nesse contexto, ainda que, como bem salienta Jackson (2015, p. 3104) os tribunais norte-americanos não utilizem o teste da proporcionalidade de forma estruturada, no próximo capítulo será realizado um estudo do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* sob a ótica do teste da proporcionalidade. Após, será analisada uma decisão do Tribunal Constitucional da Colômbia, a fim de apurar possíveis benefícios da aplicação do teste da proporcionalidade nos processos estruturais.

A ORIGEM DO PROCESSO ESTRUTURAL E A PROPORCIONALIDADE

O processo estrutural tem sua origem ligada à Suprema Corte norte-americana, especialmente ao período em que esteve sob a presidência do *Chief Justice* Earl Warren, no qual ficou conhecida como *Civil Rights Court*, por decidir, ao longo de cerca de duas décadas, diversas questões que caminham até hoje na história daquela sociedade. Entre esses julgamentos está o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, que é comumente apontado como origem das *structural reforms*, que hoje, no Brasil, são o cerne do debate e da pesquisa sobre processos estruturais (ARENHART, OSNA E JOBIM, 2021, p. 18).

No caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte norte-americana, em uma primeira decisão, 347 US 483 (1954), doravante tratada apenas como *Brown*, declarou inconstitucionais as leis estaduais e locais que permitiam ou impunham a existência de escolas separadas para crianças negras e brancas (PUGA, 2021, p. 93). A decisão, assim, deu fim ao sistema *separate but equals*, que permitia a segregação entre negros e brancos (JOBIM; ROCHA, 2021, p. 862), e que vinha sendo reafirmada por aquele tribunal sucessivas vezes, sendo paradigmático o caso *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896), no qual havia sido reconhecido que a segregação racial (que no caso concreto envolvia a separação de negros e brancos em diferentes vagões de trem), por si só, não era discriminatória.

Como já mencionado anteriormente, em que pese seja possível traçar um paralelo comparativo entre alguns passos do teste de proporcionalidade e elementos do *strict intermediate e rational basis scrutiny* no direito norte-americano (JACKSON, 2015, p. 3099, 3113-3116), o teste da proporcionalidade não é aplicado de forma estruturada naquele país, especialmente quanto a

sua última etapa, proporcionalidade em sentido estrito, ainda que o teste da proporcionalidade tenha alguma esfera de atuação, especialmente em casos envolvendo punição cruel e não usual, multas excessivas em *punitive damages* e requisitos excessivos (“*undue burden*”) para casos de aborto (JACKSON, 2015, p. 3104-3105). Entretanto, é possível analisar a decisão proferida no caso *Brown* mediante aplicação do teste de proporcionalidade.

Objetivando contextualizar a situação vivenciada naquele período da história norte-americana e das decisões da Suprema Corte, Mariela Puga (2021, p. 94-98) salienta que, após a abolição da escravidão naquele país, à população negra foram garantidos direitos civis, como propriedade e liberdade de contratar, e direitos políticos básicos, como votar e ser eleitos. Entretanto, essa situação durou pouco tempo, com a realidade dos afrodescendentes voltando a piorar, especialmente nos Estados do sul do país, com a exploração da mão de obra negra, principalmente de analfabetos. As normas do período eram pensadas de forma a não contradizer a Constituição, especialmente no tocante à igualdade, mas, na prática, permitiam práticas sociais restritivas a direitos civis, econômicos e políticos. Havia, ainda, uma crescente onda de violência desencadeada por ideias de “supremacia branca” ou de “perigo da dominação negra”. E é nesse contexto que surge a regulamentação de espaços delimitados e demarcados para negros e brancos, com a propagação do ideal “separados mas iguais”. Na prática, essas regras permitiam a realização de políticas públicas diferenciadas, com, no caso das escolas, por exemplo, significativos maiores investimentos nas escolas para brancos. Tais diferenças eram vistas, pela Suprema Corte, como reflexos da realidade, contra os quais o tribunal nada poderia fazer.

Em que pese o nome dado ao caso refira-se à criança Linda Brown, a demanda constituía uma *class action* e foi julgada em conjunto com diversas outras demandas distribuídas perante a Suprema Corte¹⁰, que contestavam a constitucionalidade da segregação racial nas escolas diante da Décima Quarta Emenda Constitucional, segundo a qual:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fará cumprir qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei.¹¹

No que se refere, especificamente à aplicação do teste da proporcionalidade ao caso, poder-se-ia argumentar que a segregação racial nas escolas, naquele contexto histórico, não seria baseada, propriamente, em uma finalidade ilegítima, pois objetivaria promover a educação igualitária das crianças de todas as ancestralidades, evitando, talvez, conflitos étnicos dentro das escolas, ainda que, como já destacado previamente, na prática, a segregação permitisse a desigualdade de condições.

Já quando se passa à análise da adequação, com base nos próprios argumentos expostos quando do julgamento do caso pela Suprema Corte, verifica-se que a segregação racial nas escolas não se prestava ao fim de promover educação igualitária, porquanto, conforme restou demonstrado naquele feito, com base em estudos psicológicos, culminava por introduzir um sentimento de inferioridade nas crianças negras, que poderia marcá-las para toda a vida.

¹⁰ Sobre as diferentes condições nas escolas dos Estados Unidos e a decisão proferida no caso *Brown*, recomenda-se, ainda, o filme “Separados mas Iguais” (*Separate but Equal*, Direção: George Stevens, Jr. Artisan, 1991. Califórnia. 1 DVD, 193 min.), que parte da situação vivenciada pelo jovem *Briggs* no estado da Carolina do Sul e retrata a atuação do então advogado da NAACP Thurgood Marshall e os bastidores da Suprema Corte até a decisão proferida no caso *Brown*.

¹¹ Tradução livre. No original: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

Nesse sentido, confira-se trecho da decisão da Suprema Corte norte-americana:

Tais considerações aplicam-se com força adicional às crianças nas escolas primárias e secundárias. Separá-los de outras de idade e qualificações semelhantes apenas por causa de sua raça gera um sentimento de inferioridade quanto ao seu status na comunidade, que pode afetar seus corações e mentes de uma forma que provavelmente nunca será desfeita. O efeito dessa separação em suas oportunidades educacionais foi bem declarado por uma conclusão no caso do Kansas por um tribunal que, no entanto, se sentiu compelido a decidir contra os demandantes negros:

“A segregação de crianças brancas e negras nas escolas públicas prejudica as crianças negras. O impacto é maior quando tem a sanção da lei, pois a política de separação das raças costuma ser interpretada como denotando a inferioridade do grupo negro. Um sentimento de inferioridade afeta a motivação de uma criança para aprender. A segregação com a sanção da lei, portanto, tende a retardar o desenvolvimento educacional e mental das crianças negras e a privá-las de alguns benefícios que receberiam em um sistema escolar racialmente integrado.”

Qualquer que tenha sido a extensão do conhecimento psicológico na época de *Plessy v. Ferguson*, essa descoberta é amplamente apoiada pela autoridade moderna. Qualquer inferência em *Plessy v. Ferguson* contrária a esta conclusão é rejeitada.

Concluimos que, no campo da educação pública, a doutrina do “separados mas iguais” é indevida. Instalações educacionais separadas são inerentemente desiguais. Portanto, sustentamos que os autores e outros em situação semelhante para os quais as ações foram propostas estão, em razão da segregação reclamada, privados da igual proteção das leis garantidas pela Décima Quarta Emenda. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1954)¹²

Portanto, já que reprovada a medida de segregação racial no teste da adequação, sequer haveria falar em realização das demais etapas do teste da proporcionalidade. Porém, caso se quisesse fazer um exercício acerca das demais etapas do teste, para promover a educação de negros, a segregação nas escolas, logicamente, trazia impactos desnecessários aos negros, como necessidade de deslocamentos e déficit de qualidade educacional, incutindo-lhes, ainda, sentimentos de inferioridade. Ademais, o cerceamento de sua liberdade de escolha, quanto a qual escola frequentar e a melhor forma de buscar sua educação, não se justificava frente à alegada educação igualitária, que não era atingida. Os meios escolhidos culminavam por ser desnecessários à promoção da educação igualitária das crianças e dos jovens americanos.

Entretanto, logicamente, não bastava apenas uma decisão da Suprema Corte para colocar fim ao sistema de segregação nas escolas públicas. Ao contrário, havia a necessidade de adoção de diversas medidas para tornar real o decidido pela Suprema Corte, como a adoção de novos procedimentos para matrícula de alunos, novos critérios para construção, reforma de escolas e contratação de professores, revisão do sistema de transporte escolar, modificações curriculares,

¹² Tradução livre. No original: “Such considerations apply with added force to children in grade and high schools. To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone. The effect of this separation on their educational opportunities was well stated by a finding in the Kansas case by a court which nevertheless felt compelled to rule against the Negro plaintiffs: ‘Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law, for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to retard the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racially integrated school system.’ Whatever may have been the extent of psychological knowledge at the time of *Plessy v. Ferguson*, this finding is amply supported by modern authority. Any language in *Plessy v. Ferguson* contrary to this finding is rejected. We conclude that, in the field of public education, the doctrine of “separate but equal” has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment.”

entre outras. É nesse sentido que a Suprema Corte foi chamada a se manifestar em mais uma oportunidade, na decisão que ficou conhecida como *Brown v. Board of Education II*, 349 US 294 (1955), doravante mencionada como *Brown II*, na qual delegou aos juízes federais a tarefa de reconstruir e intervir no sistema, alterando o tradicional sistema processual norte-americano para suprir as necessidades reais que se apresentavam (FISS, 1979, p. 02 e 03).

Nessa segunda decisão, a Suprema Corte norte-americana acabou por deixar aos juízes originários a fiscalização e determinação de políticas para a implementação das condições que pudessem levar ao fim da segregação racial nas escolas, estabelecendo poucos critérios para tanto, tais como: equidade, adequação e boa-fé, conforme se observa do trecho que segue:

A implementação completa desses princípios constitucionais pode exigir a solução de diversos problemas escolares locais. As autoridades escolares têm a responsabilidade primária de elucidar, avaliar e resolver esses problemas; os tribunais terão que considerar se a ação das autoridades escolares constitui uma implementação de boa-fé dos princípios constitucionais que os regem. Devido à sua proximidade com as condições locais e à possível necessidade de novas audiências, os tribunais que originalmente ouviram esses casos podem realizar melhor esta avaliação judicial. Dessa forma, acreditamos ser apropriado devolver os casos a esses tribunais.

Na formulação e execução dos decretos, os tribunais serão guiados por princípios equitativos. Tradicionalmente, a equidade tem se caracterizado por uma flexibilidade prática na formulação de remediações e por uma facilidade para ajustar e reconciliar as necessidades públicas e privadas. Esses casos exigem o exercício desses atributos tradicionais de poderes equitativos. Em jogo está o interesse pessoal dos demandantes na admissão às escolas públicas assim que possível, sem discriminação. Para efetivar esse interesse, pode ser exigida a eliminação de uma variedade de obstáculos para que a transição dos sistemas escolares operem de acordo com os princípios constitucionais estabelecidos em nossa decisão de 17 de maio de 1954. Os tribunais de equidade podem levar em consideração o interesse público na eliminação de tais obstáculos de maneira sistemática e eficaz. Mas, isso sequer deveria ser necessário dizer, a vitalidade desses princípios constitucionais não pode ceder simplesmente por causa de desacordo com eles.

Ao sopesar essas considerações públicas e privadas, os tribunais exigirão que os réus deem um passo rápido e razoável para o cumprimento total de nossa decisão de 17 de maio de 1954. Uma vez feito esse início, os tribunais podem considerar que é necessário mais tempo para executar a decisão de maneira eficaz. O ônus recai sobre os réus para estabelecer que esse tempo é necessário no interesse público e é consistente com o cumprimento integral de boa-fé na data mais próxima possível. Para tanto, os tribunais poderão considerar os problemas relacionados à administração, decorrentes da condição física da planta escolar, do sistema de transporte escolar, de pessoal, da revisão dos distritos escolares e das áreas de atendimento nas unidades compactas, para definir um sistema de determinação da admissão nas escolas públicas sem distinção racial, e revisar leis e regulamentos locais que podem ser necessários para resolver os problemas anteriores. Eles também considerarão a adequação de quaisquer planos que os réus possam propor para atender a esses problemas e efetuar uma transição para um sistema escolar não discriminatório racialmente. Durante esse período de transição, os tribunais manterão a jurisdição sobre esses casos. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1955)¹³

¹³ Tradução livre. No original: “Full implementation of these constitutional principles may require solution of varied local school problems. School authorities have the primary responsibility for elucidating, assessing, and solving these problems; courts will have to consider whether the action of school authorities constitutes good faith implementation of the governing constitutional principles. Because of their proximity to local conditions and the possible need for further hearings, the courts which originally heard these cases can best perform this judicial appraisal. Accordingly, we believe it appropriate to remand the cases to those courts. In fashioning and effectuating the decrees, the courts will be guided by equitable principles. Traditionally, equity has been characterized by a practical flexibility in shaping its remedies and by a facility for adjusting and reconciling public and private needs. These cases call for the exercise of these traditional attributes of equity power. At stake is the personal interest of the plaintiffs in admission to public schools as soon as practicable on a nondiscriminatory basis. To effectuate this interest may call for elimination of a variety of obstacles in making the transition to school systems operated in accordance with the constitutional principles set forth in our May 17, 1954,

Desta forma, ainda que exista debate doutrinário quanto a se a decisão proferida em *Brown* teve caráter estrutural¹⁴, os juízes federais originários passaram a ter a incumbência de interferir nas estruturas educacionais em seus âmbitos de atuação, o que realizaram por meio de *injunctions*, ordens de fazer e não fazer, que já existiam no direito norte-americano, para reformar instituições inteiras, com o objetivo de realizar direitos fundamentais, ficando conhecidas como *structural injunctions* (Vitorelli 2021a, p. 75-76), que constituem a origem dos processos estruturais, hoje estudados e aplicados em diversas democracias constitucionais, que buscam a implementação de direitos fundamentais.

Portanto, as decisões judiciais proferidas no caso não apenas declararam a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas, mas passaram a avaliar e determinar meios de intervenção nas estruturas e burocracias públicas de forma a fazer cessar o referido sistema de segregação racial, especialmente para o futuro.

Porém, isso não foi realizado sem oposição política e popular, conforme exemplifica Edilson Vitorelli (2021b, 336), destacando-se um manifesto firmado de diversos políticos, que criticavam a decisão sob o argumento de que extrapolava os limites constitucionais, interferindo na autonomia legislativa e executiva dos estados federados, causando, ainda, confusão nos estados e destruindo as relações amigáveis entre negros e brancos.

Nesse sentido, uma decisão da Suprema Corte americana mais clara quanto aos elementos a serem considerados acerca das políticas a serem implementadas, especialmente determinando uma metodologia adequada para as decisões a serem tomadas pelos tribunais inferiores, poderia ter contribuído para uma resposta mais adequada, constante e similar nos estados, gerando menos controvérsias e inseguranças.

E é neste ponto que se acredita que o teste da proporcionalidade pode auxiliar nas decisões proferidas em processos estruturais, que objetivam fazer cessar uma situação de reiterada inconstitucionalidade. Primeiramente, o teste da proporcionalidade pode ser utilizado para apurar se, efetivamente, há a alegada situação de inconstitucionalidade reiterada, promovida por uma estrutura pública ou privada. Posteriormente, caso verificada essa inconstitucionalidade, o teste pode contribuir para avaliar as políticas públicas que deverão ser adotadas para fazer cessar, especialmente para o futuro, tal situação, sejam elas propostas pelos poderes executivo e legislativo ou determinadas pelo judiciário, em caso de reiterada omissão dos primeiros.

decision. Courts of equity may properly take into account the public interest in the elimination of such obstacles in a systematic and effective manner. But it should go without saying that the vitality of these constitutional principles cannot be allowed to yield simply because of disagreement with them. While giving weight to these public and private considerations, the courts will require that the defendants make a prompt and reasonable start toward full compliance with our May 17, 1954, ruling. Once such a start has been made, the courts may find that additional time is necessary to carry out the ruling in an effective manner. The burden rests upon the defendants to establish that such time is necessary in the public interest and is consistent with good faith compliance at the earliest practicable date. To that end, the courts may consider problems related to administration, arising from the physical condition of the school plant, the school transportation system, personnel, revision of school districts and attendance areas into compact units to achieve a system of determining admission to the public schools on a nonracial basis, and revision of local laws and regulations which may be necessary in solving the foregoing problems. They will also consider the adequacy of any plans the defendants may propose to meet these problems and to effectuate a transition to a racially nondiscriminatory school system. During this period of transition, the courts will retain jurisdiction of these cases”

14 Exemplificando a controvérsia: Vitorelli (2021a, p. 75-76) defende que *Brown* não é um exemplo de processo estrutural, mas que, em algumas localidades, a sua implementação, por iniciativa dos juízes, adquiriu tal característica, pois a Corte teria referido apenas “o que”, sem dizer o “como”, deixando de fixar parâmetros concretos para implemento da decisão; Marco Félix Jobim (2021, p.112-113), por outro lado, afirma que, em *Brown II*, a Corte, além de determinar que o cumprimento pelos juízes federais ocorresse “with all deliberate speed”, expôs condições a serem impostas pelos juízes, defendendo a decisão como estrutural.

O PROCESSO ESTRUTURAL E A PROPORCIONALIDADE: UMA POSSÍVEL CONTRIBUIÇÃO A PARTIR DAS DECISÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANO NO CASO DAS “PESSOAS DESPEJADAS”

O processo estrutural vem sendo estudado no Brasil como uma alternativa para a defesa de direitos individuais indisponíveis e de direitos transindividuais, especialmente diante dos problemas causados pela judicialização individual dos conflitos sociais¹⁵, por exemplo, na medida em que pode ser utilizado para atacar a origem do problema, em verdadeira intervenção na estrutura, pública ou privada, que esteja causando a violação de um direito fundamental.

Assim, o objeto de uma demanda estrutural é um litígio estrutural, ou seja, são litígios fáticos que atingem não apenas uma pessoa, mas uma coletividade, inclusive, indeterminada. De forma que a decisão deve ser voltada a modificar a estrutura que causa a violação dos direitos e bens constitucionalmente protegidos em colisão.

Nesse sentido, para Vitorelli (2018, p. 6):

Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro.

Naturalmente que, para tanto, há necessidade de uma modificação de procedimentos e da visão do processo como um todo, o que envolve desde a representação processual das partes, possibilidade de intervenção de terceiros, realização de audiências públicas, métodos de coerção para cumprimento das medidas determinadas, realização de acordos e fiscalização de seu cumprimento¹⁶, que constituem, inclusive uma nova fase de estudo acerca da possibilidade e efetividade dos processos estruturais no sistema jurídico brasileiro.

Aqui, não se desconhece que esse tipo de atividade judicial gera controvérsias, notadamente quanto a uma possível expansão da jurisdição sobre a margem de decisão do legislador e do administrador. Além disso, pode ser levantado o argumento do autocontrole jurisdicional ou do minimalismo judicial, que significa que os tribunais devem deixar as discussões políticas e implementação de políticas públicas para a legislação e administração, devendo limitar-se a prestação jurisdicional à proteção dos direitos fundamentais postos nos casos que lhes são apresentados.

Contra esse argumento, contudo, vale citar Owen Fiss (2021, p. 1005):

Decisões judiciais como essas são, às vezes, acusadas de serem antidemocráticas. Tal crítica se baseia numa visão muito míope de Democracia, reduzindo-a a uma forma de majoritarismo. A democracia, em minha opinião, não faz do sentimento popular o padrão para medir o funcionamento de cada instituição de governo. Em vez disso, a Democracia é um padrão aplicado para julgar o sistema de governo tomado como um todo. Diferentes instituições de governo têm funções diferentes, algumas com conexões mais atenuadas do que outras em relação ao sentimento popular. Espera-se que algumas instituições governamentais, como o governador ou a legislatura estadual, respondam às

¹⁵ A título exemplificativo, vale referir o caso trazido por VITORELLI (2018, p. 8-9), envolvendo a situação das vagas em creches no estado de São Paulo, no qual a Defensoria Pública, em que pese legitimada para ajuizamento de ação coletiva, propôs aproximadamente 61 mil ações individuais por ano de 2014 a maio de 2017, numa média de cerca de 20 mil ações ao ano. Ainda que a solução do caso individual possa trazer uma ilusão de solução do problema, na prática, as demandas têm prejudicado àquelas mães que aguardam a concretização da política pública, como, no exemplo dado pelo autor, da genitora que decidiu procurar a Defensoria Pública, após ver seu filho cair da quinta para a vigésima sétima posição na fila de espera por vaga em creche, em virtude dos deferimentos judiciais.

¹⁶ Analisar pormenorizadamente cada uma dessas formas de solução dos conflitos não é o intuito deste estudo. Entretanto, a nova obra de Arenhart, Osna e Jobim (2021) traz diversos esclarecimentos importantes sobre cada um desses temas.

preferências ocorrentes de seus cidadãos; Outros, como o Judiciário, são encarregados da responsabilidade de interpretação da lei como ela é e da proteção da Constituição.

Naturalmente que não se defende uma atuação política do julgador. Ao decidir, o juiz deve sempre permanecer atrelado à vinculação jurídica fixada no sistema normativo, ainda que atento aos valores constitucionais, de forma a evitar que sua postura ativa, objetivando dar fim à violação de direitos em caso, para o presente e para o futuro, possa ser interpretada como ativismo judicial infundado, ou seja, baseado unicamente em suas preferências pessoais e em sua visão de mundo.

Para tanto, o juiz, que não é imune a erros e inclusive por isso, deverá ouvir a todas as partes e interessados, *experts* no tema, analisar o contexto social e econômico do país, inclusive para evitar determinar política impraticável ou que venha a prejudicar a outrem. O juiz, em seu novo papel, deverá considerar o problema objeto da ação e os reflexos de sua decisão, para o caso e para as demais pessoas atingidas, sendo necessária a devida motivação de sua decisão, mediante fundamentação transparente, fundada em leis e princípios jurídicos.

Nesse sentido, mais uma vez, confira-se a lição de Fiss (2021, p. 1003-1004):

[...] A autoridade do judiciário não decorre de sua experiência moral, mas do próprio cargo e do fato de que o exercício do poder judicial é limitado pelo que eu chamo de estímulos da razão pública: (1) Os Juízes devem ouvir as reclamações que de outra forma poderiam evitar; (2) eles devem ouvir as reclamações de todas as partes prejudicadas; (3) eles devem conduzir os seus trabalhos em público; e (4) eles devem, publicamente, anunciar a sua decisão e justificar essa decisão com base em princípio.

Logicamente, nesta espécie de demanda, o juiz deve privilegiar as soluções dialógicas, obtidas mediante acordos e, especialmente, consensuais entre as partes integrantes da lide e os *experts* nos temas submetidos a julgamento. Porém, em caso de persistência dos impasses, não pode o julgador se omitir de proferir decisão. Nestas situações deverá estar consciente suas próprias limitações, completamente inteirado do tema e das soluções possíveis de implantação, sob pena de se tornar apenas uma voz bem intencionada, proferindo decisão sem qualquer eficácia concreta. (ARENHART, OSNA E JOBIM, 2021, p. 201-202).

Nestes casos, o juiz deve deixar claro que a solução não parte de suas convicções políticas, mas que decorrem da orientação do Direito e da constituição acerca dos temas judicializados, legitimando a sua intervenção no grau e na qualidade da justificação de sua decisão (ARENHART, OSNA E JOBIM, 2021, p. 211). E é neste ponto que o teste da proporcionalidade pode auxiliar como forma de dar maior transparência e qualidade às decisões judiciais, contribuindo, ainda, para uma maior segurança jurídica, posto que propicia maior clareza quanto aos fundamentos utilizados ao decidir, especialmente pela utilização da sequência metodológica que propõe.

Um exemplo que se pode trazer do uso do teste da proporcionalidade para justificação de uma decisão judicial acerca da existência de violação de direitos fundamentais e, também, sobre as políticas públicas a serem implementadas, é o caso da “população despejada”¹⁷, Sentença T-025/04, decidido pelo Tribunal Constitucional Colombiano.

O problema da “população despejada” forçadamente é grave na sociedade colombiana, com diversas pessoas tendo que deixar as suas residências, ao longo de vários anos, em virtude do conflito armado existente naquele país, especialmente nos anos em que não houve cessar fogo entre o governo e as FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia), por diversos motivos, tais como: ameaças diretas e indiretas, massacres, assassinatos de familiares, amigos e vizinhos, além de recrutamento forçado. (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 67-70).

¹⁷ Na língua original: “población desplazada”.

Com parcela da população sendo forçada a deixar suas residências, empregos e familiares, naturalmente, surgem diversos problemas sociais, como a necessidade de dar abrigo a essas pessoas, alimentação, saúde, educação e emprego, além de buscar garantir-lhes o direito de retornar com segurança às suas propriedades.

Por algum tempo, o governo colombiano, por seu executivo e legislativo, promoveram uma extensa regulamentação normativa sobre o problema, realizando algumas políticas públicas, sem, contudo, obter eficácia prática¹⁸, o que levou a Corte Constitucional a chamar para si o papel de avaliar e coordenar as políticas públicas atinentes aos “deslocados” e mesmo a desencadear a efetivação de políticas públicas objetivando garantir a essa parcela da população direitos fundamentais mínimos. (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 79).

Em sua decisão, Sentença T-025/04, a Corte Constitucional da Colômbia reconheceu estado de coisas inconstitucional na situação da “população deslocada” avaliando a multiplicidade de pessoas em situação de vulnerabilidade pela ausência ou insuficiência das políticas públicas realizadas pelo governo, determinando uma série de ações, simples e complexas, objetivando colocar fim a essa situação de violação de direitos fundamentais, se não imediatamente, mas progressivamente.

Após realizar uma contextualização histórica e judicial dos conflitos envolvendo a situação das “pessoas deslocadas”, bem como de reafirmar a gravidade da situação dessas pessoas e a legitimidade das associações para a demandada e da própria corte para decidir, no item “6” da decisão, e em seus subitens, a Corte Constitucional passa a identificar as ações e omissões estatais que configuram violação dos direitos fundamentais dos “deslocados”.

Nesse tópico, a Corte Constitucional, embora sem utilizar o termo “teste da proporcionalidade”, utiliza o seu ferramental, ao fazer um levantamento das políticas implementadas, avaliando as suas finalidades e a sua eficácia na prática, identificando a insuficiência das medidas adotadas. Conforme se evidencia, a título exemplificativo, do trecho que segue:

(v) Várias das políticas de assistência à população deslocada não foram suficientemente desenvolvidas. Em particular, isso ocorre nos seguintes aspectos, de acordo com os relatórios apresentados: (a) Não está regulamentada a participação da população deslocada na formulação e implementação das políticas. Não foram concebidos mecanismos eficazes para uma intervenção real da população deslocada. (b) A população deslocada não dispõe de informação oportuna e completa sobre seus direitos, a oferta institucional, os procedimentos e requisitos para acessá-la e as instituições responsáveis por fornecê-la. (c) Existe uma gestão desagregada e desordenada da aquisição e gestão de recursos da comunidade internacional. [...] (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA, 2004)¹⁹

No mesmo norte, na sequência da decisão, é possível vislumbrar a argumentação no sentido da inadequação de diversos dos meios que, ao invés de permitirem a concretização dos direitos à “população deslocada”, criava entraves desnecessários à sua garantia:

(ii) Em relação à adequação e condução efetiva dos diferentes componentes da política, a Câmara observa que, em certos casos, os meios utilizados para atingir os fins das políticas não são adequados de acordo com os relatórios apresentados: (a) Na estabilização

¹⁸ Sobre as regulamentações realizadas e os efeitos prévios à decisão da Corte colombiana confira-se César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco (2010, p. 66-79).

¹⁹ Tradução livre. No original: “(v) Varias de las políticas de atención a la población desplazada no han contado con un desarrollo suficiente. En particular, esto sucede en los siguientes aspectos, según los informes presentados: (a) No ha sido regulada la participación de la población desplazada en el diseño y la ejecución de las políticas. No se han diseñado mecanismos eficientes dirigidos a la intervención real de la población desplazada. (b) La población desplazada no cuenta con información oportuna y completa acerca de sus derechos, la oferta institucional, los procedimientos y requisitos para acceder a ella, y las instituciones responsables de su prestación. (c) Existe un manejo desagregado y desordenado de la consecución y manejo de los recursos provenientes de la comunidad internacional. [...]”

sócio-econômica dos deslocados, os requisitos e condições de acesso ao capital não são consistentes com a realidade econômica dos deslocados. [...] (c) Os requisitos e condições para o acesso aos créditos para habitação não se ajustam às necessidades econômicas das famílias deslocadas. A exigência de tempo de poupança, referências pessoais e comerciais, bem como outras exigências, são em muitos casos impossíveis de atender à população deslocada. Tais demandas são discriminatórias e constituem barreiras de acesso a esse tipo de ajuda. (d) Com relação à educação, a exigência de que as famílias deslocadas paguem um preço mínimo acessível para que as pessoas deslocadas em idade escolar possam ter acesso a cotas educacionais tem sido uma barreira, frequentemente intransponível, para a matrícula de menores. [...]” (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA, 2004)²⁰

Da mesma forma, ao elencar os requisitos necessários à legalidade de uma política pública, e, especialmente, ao reconhecer que a atuação governamental não tem garantido a proteção mínima às “pessoas deslocadas”, em desatenção à vedação à “proteção insuficiente”, a Corte Constitucional estabelece quatro parâmetros a serem observados, passando, em seguida, a definir as condições mínimas básicas de proteção dos direitos das “pessoas deslocadas”, conforme trecho que segue:

Primeiro, proibição de discriminação (por exemplo, recursos insuficientes não poderiam ser invocados para excluir minorias étnicas ou partidários de oponentes políticos da proteção do Estado); segundo, a necessidade da medida, que exige que medidas alternativas sejam cuidadosamente estudadas e que sejam inviáveis ou insuficientes (por exemplo, outras fontes de financiamento foram exploradas e esgotadas); terceiro, condição de progresso futuro rumo à plena realização dos direitos de tal forma que a redução do âmbito de proteção seja uma etapa inevitável para que, superadas as dificuldades que levaram à medida transitória, o caminho da progressividade seja retomado, para que uma maior satisfação do direito seja alcançada (por exemplo, indicando parâmetros objetivos que, quando alcançados, reorientariam as políticas públicas no caminho do desenvolvimento progressivo do direito); e quarto, a proibição de ignorar os níveis mínimos de satisfação do direito porque as medidas não podem ser de tal magnitude que violem o núcleo básico de proteção que garante a sobrevivência digna do ser humano, nem podem partir das áreas prioritárias que têm o maior impacto na população. (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA, 2004)²¹.

De fato, assim como no Caso *Brown*, não bastou a declaração da corte acerca do estado de coisas inconstitucional para a solução concreta do problema existente, mas foi o início do movimento daquele tribunal no sentido de tentar modificar a realidade daquelas pessoas. Se, nessa primeira decisão, houve a constatação do estado de coisas inconstitucional e a determinação de ordens mais genéricas, na continuidade do caso, foram estabelecidos novos

20 Tradução livre. No original: “(ii) En cuanto a la adecuación y efectiva conduencia de los distintos componentes de la política, la Sala observa que en ciertos casos, los medios utilizados para alcanzar los fines de las políticas no son idóneos según los informes presentados: (a) En la estabilización socioeconómica de los desplazados, los requisitos y las condiciones para acceder a capital no son consistentes con la realidad económica de las personas en condición de desplazamiento. [...] (c) Los requisitos y condiciones para acceder a los créditos de vivienda no se ajustan a las carencias económicas de los hogares desplazados. La exigencia de tiempos de ahorro, referencias personales y comerciales, así como otros requisitos, son en muchos casos, imposibles de cumplir para la población desplazada. Tales exigencias resultan discriminatorias y constituyen barreras de entrada para el acceso a este tipo de ayudas. (d) En cuanto a la educación, la exigencia a los hogares desplazados de pagar un valor mínimo costeable para que las personas desplazadas en edad escolar puedan acceder a cupos educativos ha sido una barrera, frecuentemente infranqueable, para la inscripción de los menores.”

21 Tradução livre. No original: “Primero, prohibición de discriminación (por ejemplo, no se podría invocar la insuficiencia de recursos para excluir de la protección estatal a minorias étnicas o partidarios de adversarios políticos); segundo, necesidad de la medida lo cual exige que sean estudiadas cuidadosamente medidas alternativas y que éstas sean inviables o insuficientes (por ejemplo, se han explorado y agotado otras fuentes de financiación); tercero, condición de avance futuro hacia la plena realización de los derechos de tal forma que la disminución del alcance de la protección sea un paso inevitable para que, una vez superadas las dificultades que llevaron a la medida transitoria, se retome el camino de la progresividad para que se logre la mayor satisfacción del derecho (por ejemplo, señalando parámetros objetivos que, al ser alcanzados, reorientarían la política pública en la senda del desarrollo progresivo del derecho); y cuarto, prohibición de desconocer unos mínimos de satisfacción del derecho porque las medidas no pueden ser de tal magnitud que violen el núcleo básico de protección que asegure la supervivencia digna del ser humano ni pueden empezar por las áreas prioritarias que tienen el mayor impacto sobre la población.”

parâmetros e indexadores, que levaram a ordens mais específicas, principalmente relacionadas às parcelas mais carentes da “população deslocada”, como crianças e portadores de necessidades especiais. A atuação da Corte deu um salto qualitativo e de visibilidade no tratamento do tema, ainda que não o tenha resolvido completamente, nos anos subsequentes. (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 86-90).

Como salienta Vitorelli (2021b, 379), não há como garantir a eficácia da transformação social por meio da via processual, especialmente quando ausente apoio de autoridades políticas e da população. Por outro lado, com o auxílio de atores externos, como organismos internacionais e associações, bem como com participação popular e boa vontade das autoridades, há a possibilidade de alteração da realidade pela via processual.

Nesse sentido que se acredita que o teste da proporcionalidade, ao propiciar uma melhor estabilização das decisões, com transparência quanto aos critérios de justificação, adotado não apenas para os processos estruturais, mas como ferramenta de argumentação jurídica nos tribunais, pode contribuir para um aumento gradual na credibilidade da Corte, tal, como argumenta Niels Petersen (2014, p. 24-25), ocorreu com o Tribunal Constitucional da Alemanha, que, utilizando o teste da proporcionalidade, conseguiu, com o passar dos anos, utilizar de melhor forma critérios de ponderação e balanceamento, sem sofrer tantas críticas relacionadas a ativismo judicial.

Em última análise, uma decisão mais coerente com o contexto jurisdicional, transparente para a população, autoridades públicas e juristas, pode auxiliar na obtenção de apoio popular e político às decisões que visem proteger os direitos constitucionais, especialmente, às populações mais necessitadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na primeira etapa deste estudo, foi abordado o teste da proporcionalidade como ferramenta de justificação das decisões judiciais, em suas quatro etapas: legitimidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; destacando-se a utilidade do método na avaliação de possíveis interferências em direitos constitucionais.

Após, através da releitura do caso *Brown* sob a ótica da proporcionalidade, foi demonstrado que, ainda que na época estivesse em desenvolvimento o teste da proporcionalidade na Alemanha, uma justificação utilizando tal metodologia poderia esclarecer melhor as razões da inconstitucionalidade da doutrina *separate but equal* e, especialmente, o seu uso seria extremamente útil na definição das políticas públicas e das verdadeiras alterações estruturais necessárias para readequar a realidade das escolas e dos serviços públicos nas diferentes localidades, a fim de pôr fim à segregação racial nas escolas.

Os processos estruturais, justamente pelo seu objetivo de colocar fim, para o presente e para o futuro, em situações de reiterada inconstitucionalidade, pode se beneficiar da aplicação do teste da proporcionalidade, inclusive quanto aos limites da atuação judicial, garantindo a independência entre os poderes, sem perder de vista, também, a vedação à proteção insuficiente.

Os resultados obtidos na análise do caso das “pessoas deslocadas” pela Corte Constitucional da Colômbia reforçam a utilidade do teste da proporcionalidade como ferramenta para justificação das decisões estruturais.

O teste da proporcionalidade é uma ferramenta metodológica válida e extremamente útil na justificação das decisões judiciais, especialmente no âmbito dos processos estruturais, tanto para determinar a existência da violação a um direito fundamental, quanto para definir os meios necessários à cessação de tal inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Posfácio. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 575-627.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo e JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- BARAK, Aharon. **Proportionality**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-025/04**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em 30/06/2021.
- ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of The United States. **347 US 483 (1954)**. Disponível em <https://www.docsteach.org/documents/document/opinion-brown-v-board> Brown. Acesso em 30/06/2021.
- ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of The United States. **349 US 294 (1955)**. Disponível em <https://www.docsteach.org/documents/document/judgment-brown-v-board>. Acesso em 30/06/2021.
- FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.
- FISS, Owen. Foreword: The Forms Of Justice. **Harvard Law Review**. vol. 93, nov. 1979. Base de dados Hein Online.
- GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social: Como la Corte Constitucional transformo el despalazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.
- GRIMM, Dieter. **Proportionality in Canadian and German Constitutional Court**. University of Toronto Law Journal, 2007.
- JACKSON, Vicki. Constitutional Law in an Age of Proportionality. **The Yale Law Journal**. vol. 124, p. 3094-3196, 2015. Base de dados Hein Online.
- JOBIM, Marco Félix e ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: Origem em Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.
- JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes na Jurisdição Constitucional: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.
- LEAL, Mônia Clarissa Henning; MAAS, Rosana Helena. “**Dever de proteção estatal**”, “**proibição de proteção insuficiente**” e controle **jurisdiccional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PETERSEN, Niels. **Balancing and Judicial Self-Empowerment – on the rise of balancing in the jurisprudence of German Constitutional Court**. Nova York: Jean Monet Working Paper, 2014.

PUGA, Mariela. La Litis Estructural en el caso *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

SCHIRATO, Vitor Rhein; SCHIRATO, Sérgio Rhein. Poder de polícia em tempos de pandemia. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. vol. 14/2020. p. 187 – 207. Jul/Set de 2020. Revista dos Tribunais online.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021a.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021b.

VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. São Paulo, vol. 7/2018, p. 147 – 177, jan./jun. 2018. Base de dados RT online.