

Carlos Alexandre de Azevedo Campos

# Estado de Coisas Inconstitucional

Prefácio  
Ministro Marco Aurélio

**2<sup>a</sup>** | revista  
edição | atualizada  
ampliada

2019

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

Em suma, o esquema teórico tradicional da omissão inconstitucional lança Legislativo/Executivo e Supremo a uma relação de comportamentos aprioristicamente excludentes, do tipo *tudo ou nada*. O arranjo, assim dimensionado, coloca em risco a proteção efetiva de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, não satisfaz exigências democráticas. Todavia, não se pode ignorar que “o problema da realização das imposições constitucionais é, simultaneamente, um problema político e um problema normativo”,<sup>35</sup> e isso significa que uma relação interinstitucional mais equilibrada e *dialógica* em torno da superação dessas omissões se impõe como a mais adequada. A substituição do arranjo institucional de tipo excludente por um arranjo de tipo mais dialógico é a proposta comportamental deste livro.

## 6. UM NOVO OLHAR: A TUTELA INSUFICIENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO OMISSÃO NORMATIVA INCONSTITUCIONAL

Os equívocos da doutrina tradicional revelam, antes de tudo, insuficiências para a proteção dos direitos fundamentais violados pela omissão total ou pela ação deficiente do Estado. Na sequência, procuro desenvolver proposta normativa a fim de assegurar maior proteção aos direitos fundamentais diante do fenômeno da omissão inconstitucional. A proposta busca oferecer solução aos três primeiros equívocos aqui discutidos, apresentando o dever constitucional de legislar ou de expedir medidas regulamentadoras precipuamente como um **dever de proteção dos direitos fundamentais** independente dos aspectos formais dos dispositivos constitucionais envolvidos. No quinto capítulo, a proposta será dirigida a solucionar o último equívoco apontado, de ordem institucional, formulando o modelo dialógico de correção das omissões inconstitucionais, notadamente da figura do ECI.

### 6.1. Direitos fundamentais em sua dimensão objetiva e deveres de proteção

O **dever de proteção dos direitos fundamentais** compreende os **deveres constitucionais de legislar ou de expedir normas regulamentares**. Sem embargo, é assente, hoje, o papel do Estado de atuar

---

35. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Op. cit. p. 303.

positivamente, e não apenas negativamente, para proteger e promover direitos e objetivos fundamentais. O Estado ofende a Constituição não apenas quando “pratica excessos, intervindo de maneira exagerada ou indevida nas relações sociais, mas também quando deixa de agir em prol dos direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes, ou quando o faz de modo insuficiente. Assim, a perspectiva contemporânea dos direitos fundamentais impõe limites não apenas ao excesso de restrição estatal, mas também em face da omissão ou da ação insuficiente do Estado”.<sup>36</sup> O Estado também deve proteger os titulares de direitos fundamentais diante de lesões e ameaças providas de terceiros.

Tal aspecto constitui um dos mais importantes desdobramentos da **concepção dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores e esse dever de proteção** alcança, precipuamente, a **atividade legislativa**. A concepção do sistema de direitos fundamentais como **ordem axiológica e hierárquica de princípios objetivos** foi o primeiro e mais fundacional dos desenvolvimentos metodológicos do Tribunal Constitucional alemão acerca da Lei Fundamental de Bonn. Para o Tribunal, os direitos fundamentais da Constituição alemã são também direitos a prestações positivas do Estado e não apenas um conjunto de direitos subjetivos de defesa do indivíduo em face do Estado. O Tribunal decidiu que os direitos fundamentais, na dimensão objetiva, vinculam as ações de todas as esferas de poder – a criação, a interpretação e a aplicação de todo o ordenamento jurídico<sup>37</sup> –, exigindo-lhe prestações positivas – fáticas e normativas – em favor dos titulares dos direitos fundamentais.

Essa perspectiva foi primeiro desenvolvida em 1958, no famoso caso *Lüth*,<sup>38</sup> para alguns, a *Marbury* alemã,<sup>39</sup> para outros, “um golpe de

---

36. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Op. cit. p. 480.

37. De acordo com Konrad Hesse (Significado de los Derechos Fundamentales. In: BENDA, Ernesto et al. **Manual de Derecho Constitucional**. Op. cit. p. 92), essa construção metodológica representa “um *standard* constitucional unitário de direitos e princípios”.

38. *Lüth*, 7 Bverf GE 198 (1958). Edward J. Eberle (**Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States**. Westport: Praeger, 2002. p. 26) diz que em *Lüth* a Corte Constitucional alemã “aproveitou o momento para libertar o direito da bagagem ideológica da era Nazista e Imperialista”.

39. ROBERTSON, David. **The Judges as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review**. Princeton: Princeton University Press, 2010. p. 48.

estado metodológico”:<sup>40</sup> litígio particular entre Eric Lüth, alemão e judeu, e Veit Harlan, cineasta alemão divulgador dos ideários nazistas e de mensagens de ódio aos judeus durante a II Guerra. A questão envolveu saber se um bem-sucedido boicote do primeiro aos filmes não nazistas e pós-II Guerra do segundo configurou exercício lícito de “liberdade de expressão” ou ação ilícita que sujeitava Lüth ao dever de indenizar Veit Harlan. O Tribunal de Hamburgo assentou ter sido o boicote um ato contrário aos “bons costumes”, justificando a indenização nos termos do §826 do Código Civil Alemão. O Tribunal Constitucional, por sua vez, reverteu o julgado porque considerou a decisão do Tribunal de Hamburgo uma “limitação à liberdade de expressão” de Lüth.

No discurso de justificação, o Tribunal Constitucional afirmou que o sistema de direitos fundamentais da Lei Fundamental consiste em “uma ordem objetiva de valores”, “centrada na dignidade da pessoa humana”, de modo que esses direitos não são apenas “direitos negativos” do indivíduo contra o Estado, mas também envolvem “direitos a prestações positivas” do Estado em favor de sua proteção e realização. Essa ordem objetiva de valores, para o Tribunal Constitucional, promove um *efeito de irradiação* dos direitos fundamentais sobre toda a ordem jurídica, importando o dever de interpretar e aplicar todos os ramos do Direito em conformidade com os *princípios constitucionais* que expressam esses direitos, inclusive o Direito Privado, e a incidência deles também sobre as relações particulares regidas pela autonomia da vontade. Contudo, caberia ao Estado, e não diretamente aos particulares, “tornar efetivos os direitos fundamentais também nas relações de direito privado”.<sup>41</sup>

**Caberia ao Estado**, a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais – de sua configuração como *imperativos de tutela* – a **tarefa de proteger esses direitos individuais** contra ameaças externas não estatais, mas controláveis pela máquina estatal. Caberia ao Estado *deveres de proteção* (*Schutzpflicht*). O dever de proteção revela-se, desse modo, como uma função dos direitos fundamentais que deverá ser exercida, primariamente, pelo legislador. O Estado é obrigado a editar

40. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2003. p. 44.

41. GRIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 156.

leis que protejam os direitos fundamentais, máxime, mas não somente, a vida, a integridade física, a honra dos indivíduos perante ataques de terceiros<sup>42</sup> – é o Estado-legislador incumbido de assegurar as condições e os meios necessários ao exercício das liberdades individuais ante as ameaças de toda a coletividade, o que inclui a proteção civil, penal, trabalhista, ambiental, etc. Segundo assentou Claus-Wilhelm Canaris:

O imperativo jurídico-constitucional de tutela carece, em princípio, da complementação pelo direito ordinário. Pois pertence fundamentalmente a este [...] a tarefa de disponibilizar os instrumentos de proteção. [...] a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, poder-se-ia, portanto, dizer que ela é realizada ‘por intermédio’, ou pelo menos ‘no meio’, do direito infraconstitucional e que, por essa razão, é mediatizada por este.<sup>43</sup>

Embora construídos a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da condição desses como imperativos de tutela, aos deveres de proteção correspondem direitos subjetivos *prima facie* de proteção, o que “faz justiça ao sentido originário e permanente dos direitos fundamentais como direitos individuais”.<sup>44</sup> Trata-se da subjetivação dos deveres de proteção: do reconhecimento desses deveres, é possível extrair direitos individuais à proteção, oponíveis em face do Estado, que terá a obrigação de, através de providências normativas, administrativas e materiais, salvaguardar os indivíduos de danos e lesões que possam sofrer em razão da atuação de terceiros.<sup>45</sup> Nesse sentido, Alexy fala em “direito a prestações normativas”,<sup>46</sup> ao lado das prestações fáticas. O

42. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: CEPC, 2002. pp. 435-436: “Os direitos a proteção podem ter como objeto coisas muito diferentes. (...) Não só a vida e a saúde são bens possíveis de proteção, senão todos aqueles que, desde aspectos fundamentais, sejam dignos de ser protegidos, por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade.

43. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Op. cit. pp. 115-116. No mesmo sentido, cf. GRIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Op. cit. p. 160: “Assim como o dever de respeitar os direitos fundamentais, o dever de protegê-los vincula todos os ramos do governo. Entretanto, o principal caminho da função protetiva se dá através da legislação. Os demais órgãos têm uma função subsidiária”.

44. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Op. cit. p. 440.

45. SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. **Arquivos de Direitos Humanos** v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 92.

46. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Op. cit. p. 426.

indivíduo se torna titular de um direito de exigir a edição de normas que dispensem a adequada tutela estatal aos seus direitos fundamentais ante a ameaça de terceiros. O indivíduo tem direito à ação legislativa.

Essa teoria dos **deveres de proteção**, construída a partir do vetor normativo da ordem objetiva de valores do caso *Lüth*, foi emblematicamente desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão em suas decisões sobre o aborto, quando a Corte examinou a constitucionalidade de leis que descriminalizaram parcialmente essa prática.<sup>47</sup> Em ambas as decisões, o Tribunal afirmou o dever do Estado de proteger a vida humana, incluindo a vida do feto e mesmo contra a vontade da mãe. Segundo os juízes, a proteção apenas poderia ser proporcionada se o Estado proibisse, mediante lei e fora os casos excepcionais, o aborto e estabelecesse o dever jurídico de as mães levarem a gravidez a termo. Para o Tribunal, o “Estado deve cumprir seu dever de proteção adotando as medidas adequadas, por meio do ajuste de critérios legais e factuais, com o propósito de prover uma proteção apropriada e efetiva” do direito à vida do feto.<sup>48</sup>

A medida de descriminalização do aborto, tal como havia sido levado a efeito por aquelas leis, encerrou, na visão definitiva do Tribunal, uma proteção deficiente do direito à vida do feto e, por esse motivo, deveria ser julgada inconstitucional. De maneira geral, o Tribunal decidiu que o dever de proteção da vida exige o estabelecimento de um sistema de normas penais que, levando em conta o valor superior do direito à vida, criminalizem as condutas que o ofendam, sob pena de inconstitucionalidade por insuficiência de proteção jurídico-penal. Como lembra Peter Häberle, o Direito Penal não se dirige apenas a limitar direitos

---

47. No *Abortion I case* (39 BVerfGE 1 [1975]), o Tribunal julgou inconstitucional, por violar a dignidade da pessoa humana e o direito à vida do feto, lei federal da ex-Alemanha Ocidental que descriminalizou o aborto praticado nos três primeiros meses de gravidez, por médico licenciado e seguido de aconselhamento adequado. No *Abortion II case* (88 BVerfGE 203 [1993]), já no ambiente político e social pós-reunificação alemã, o Tribunal manteve a mesma fundamentação para julgar inconstitucional lei federal que também descriminalizou o aborto praticado nos três primeiros meses de gravidez, por médico licenciado e seguido de um aconselhamento ainda mais denso. Porém, neste caso, o Tribunal recuou, em relação à primeira decisão, para dizer que, embora ainda seja crime, o aborto nessas condições não deveria ser punido. Neste segundo caso, a Corte reafirmou a teoria central dos deveres de proteção da primeira decisão, apenas minimizando a rigidez de sua aplicação para ajustar o caráter dessa proteção às necessidades contemporâneas de unificação da Alemanha.

48. KOMMERS, Donald P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 2. ed. Durham: Duke University Press, 1997. pp. 349 e ss.

fundamentais, senão também o legislador penal precisa intervir, em diferentes oportunidades, para assegurar direitos de uns em face de direitos fundamentais de outros.<sup>49</sup> No caso do aborto, a Corte entendeu ter o legislador protegido, em medida excessiva, a liberdade de escolha da mãe em detrimento do dever de proteção da vida do feto.

O dever de proteção inclui, portanto, a obrigação geral de o Estado criar, **mediante lei**, as condições e os meios indispensáveis para serem os direitos fundamentais protegidos e assegurados na maior amplitude possível diante de toda a sorte de limitações fático-jurídicas presentes.<sup>50</sup> A falta desses meios e condições indispensáveis impede a efetividade dos direitos fundamentais, excluindo deles a pretensão de validade material. Por isso, a ausência de lei ou de políticas públicas, ou a imperfeita construção de ambas, dando origem a uma proteção deficiente desses direitos fundamentais, deve ser julgada uma **omissão normativa inconstitucional**. No caso da absoluta ausência de lei e de políticas públicas, a omissão é total; no caso da lei ou de política imperfeita, a omissão é parcial. Em ambos, direitos fundamentais são violados independentemente da tipologia dos enunciados normativos constitucionais envolvidos e da presença de ordens expressas e específicas de legislar.

Toda essa construção teórica revela ganhos em efetividade para os direitos fundamentais em face da omissão inconstitucional, se comparada aos aportes da doutrina tradicional. Para configuração do dever de legislar ou de expedir normas reguladoras e a possibilidade do vício de inconstitucionalidade por omissão, importam mais: **(i)** a relevância constitucional e social dos direitos fundamentais em vez de critérios puramente semântico-estruturais; **(ii)** a ordem objetiva de direitos fundamentais em vez de tipos restritos de normas constitucionais; **(iii)**

---

49. HÄBERLE, Peter. **La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales**. Op. cit. p. 176.

50. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, Deveres de Proteção e Proporcionalidade: Notas a Respeito dos Limites e Possibilidades da Aplicação das Categorias da Proibição de Excesso e de Insuficiência em Matéria Penal. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (coord.) **Controle de Constitucionalidade & Direitos Fundamentais. Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 150: "Esta incumbência (deveres de proteção), por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas de mais diversa natureza com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais e os bens e interesses que constituem o objeto da tutela jusfundamental".

o dever de proteção aos direitos fundamentais em vez de um mandado específico e expresso de legislar. Assim, a configuração da omissão inconstitucional deixa de ser uma questão de haver o legislador ou o administrador cumprido ou não comandos constitucionais específicos, e passa a envolver o grau de proteção normativa ao sistema de direitos fundamentais. A tutela insuficiente seria uma violação a esse sistema, configurando, desse modo, a omissão inconstitucional.

No Brasil, com a Constituição de 1988, é plenamente válido falar em deveres de proteção no tocante aos direitos fundamentais, havendo inclusive dispositivo que consagra a teoria: o artigo 5º, inciso XLI, segundo o qual “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. Ademais, a alusão à segurança, como direito fundamental social (artigo 6º), induz à ideia de o Estado ter não apenas a missão política, mas o dever jurídico geral de agir no plano social para proteger os indivíduos contra violação dos seus direitos fundamentais. Dessa forma, em nosso regime constitucional democrático, os poderes constituídos nunca estão livres para decidir se deve ou não editar as normas necessárias para a proteção desses direitos. Esse dever existe independentemente de enunciado normativo específico, não autoaplicável e explícito nesse sentido.

No entanto, ainda que não haja dúvidas sobre o dever de proteção do Estado, existirá sempre desconforto em torno do controle judicial da legitimidade da configuração normativa dos meios de efetivação dessa proteção. A controvérsia sempre gira em torno da margem de ação livre que o legislador/administração possui para estabelecer esses meios, tanto em relação ao melhor momento quanto ao conteúdo da proteção. A questão é traçar fronteiras entre a omissão normativa lícita e a ação normativa deficiente, o que envolve o intrincado problema dos limites do controle judicial sobre os diagnósticos e prognósticos do legislador.<sup>51</sup> Trata-se aqui do cuidado que se deve ter com a autonomia política do legislador democrático, o que inclui o devido respeito à sua *margem de ação epistêmica*,<sup>52</sup> inclusive a *margem de erro tolerável*.

---

51. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: \_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 461-483.

52. Cf. ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**. v. 66. 2002. pp. 50-53: cabe ao legislador, *prima facie* em uma

Ademais, como os riscos de violação de direitos fundamentais, contra os quais o Estado deve exercer seus deveres de proteção, podem decorrer de atos dos próprios indivíduos, o cumprimento desses deveres legislativos acaba resultando na limitação de liberdades em favor de outras liberdades fundamentais (lembre-se o caso do aborto). Em outras palavras, o legislador deverá limitar o exercício de direitos fundamentais para proteger outros direitos fundamentais ou os mesmos direitos só que de titulares diversos.<sup>53</sup> Por isso, a norma, por meio da qual são veiculados os meios de cumprimento dos deveres de proteção, termina por sopesar direitos fundamentais, em busca de equilíbrio de interesses, de forma que o julgamento de sua validade deve envolver a análise das razões jurídicas, fáticas e valorativas da ponderação prévia do legislador (*pré-ponderação*)<sup>54</sup>.

Portanto, a questão essencial sobre o controle dos diagnósticos e prognósticos do legislador, como apontado por Robert Alexy, inclui fortes elementos substanciais e remete-nos a “saber se, desde o ponto de vista do direito constitucional, uma determinada proteção é tão importante que sua outorga não possa ficar em mãos da simples maioria parlamentar”, ou, se, ao contrário, essa decisão, em toda sua extensão, está sujeita a um controle judicial de validade constitucional.<sup>55</sup> Isso envolve a delicada tarefa de definir quais critérios podem

---

democracia, dizer dos fatos relevantes e dos resultados práticos pretendidos que dirigem as ações legislativas restritivas de direitos.

53. Pode ocorrer também de a proteção resultar na limitação de um direito fundamental em favor de outro direito fundamental do mesmo titular. Como será visto adiante, esse foi o caso da decisão do Supremo sobre a “Lei Maria da Penha”, quando a Corte sacrificou a liberdade da mulher agredida de decidir sobre o prosseguimento da ação penal em face de seu agressor, justamente para favorecer uma maior proteção, uma proteção mais efetiva à sua dignidade e integridade física.
54. Segundo Ricardo Lobo Torres, fala-se em *pré-ponderação* para designar um modelo de ponderação que cumpre a função de “equilíbrio à elaboração da lei”, que atua no momento de justificação dos direitos e do Direito, equilibrando e harmonizando a influência dos princípios materiais sobre a criação legislativa, atenuando as tensões abstratas entre justiça e segurança, direitos fundamentais e democracia. A ponderação deixa de se referir exclusivamente aos fatos colocados em julgamento para ganhar a estatura de uma ponderação legal. (TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: \_\_\_\_\_. (org.) **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 493-496. \_\_\_\_\_. Da Ponderação de Interesses ao Princípio da Ponderação. In: ZILLES, Urbano (coord.). **Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. pp. 643-648.
55. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Op. cit. pp. 452-453: para o autor, “toda proposta para a solução do problema do prognóstico inclui uma proposta para a distribuição de competências entre o Tribunal Constitucional e o legislador”.

ser empregados para a conclusão segura sobre se a falta de norma ou se a norma “suspeita de imperfeição” encerram, em um caso concreto, o não cumprimento do dever de proteção – uma omissão normativa inconstitucional – ou enquadram-se como decisões legítimas porque tomadas dentro da margem de conformação livre do legislador ou do órgão regulamentador.

Com efeito, esse cuidado necessário com os limites de possibilidades de controle judicial das decisões políticas acerca dos meios de implementação dos deveres de proteção remete o tema para a discussão sobre a aplicação do **princípio da proporcionalidade em sua dimensão de proibição de proteção deficiente**. O princípio da proporcionalidade é a ferramenta metodológica que permitirá saber, respeitando os limites da autonomia política do legislador/administrador e sua margem de ação epistêmica, se ele observou, em cada caso, as exigências de proibição de proteção deficiente na configuração normativa dos meios necessários ao gozo efetivo dos direitos fundamentais ou se ele incorreu em uma omissão inconstitucional. Esse juízo não depende da tipologia dos enunciados constitucionais correspondentes.

## **6.2. Princípio da proporcionalidade e proibição da proteção insuficiente de direitos fundamentais**

Tradicionalmente, o princípio da proporcionalidade é concebido como um instrumento de controle dos excessos do exercício de poder pelo Estado. Trata-se de ferramenta utilizada para conter o arbítrio dos governantes. Entretanto, esse princípio, contemporaneamente, vem ganhando uma nova dimensão diante dos deveres de proteção que os poderes públicos devem cumprir em favor dos direitos e da garantia do bem-estar coletivo. Essa nova dimensão do princípio da proporcionalidade corresponde à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) dos direitos fundamentais. Com efeito, o princípio da proporcionalidade não se resume a uma função de vedação de excesso. Ele também possui uma dimensão vinculada ao dever de proteção do Estado quanto aos direitos fundamentais. Como descrito por Carlos Bernal Pulido:

Este último conceito se refere à estrutura que o princípio adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção. A proibição de proteção deficiente pode ser definida como critério estrutural

## CAPÍTULO III

---

# O estado de coisas inconstitucional

### **1. APRESENTANDO O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

No capítulo anterior, a proposta teórica dirigiu-se, inicialmente, a desafiar a visão tradicional da omissão normativa inconstitucional no Brasil. Busquei ampliar seus pressupostos ao relacioná-la com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, identificando sua ocorrência com a proteção deficiente desses direitos em vez de, tão somente, com o descumprimento de ordens expressas de legislar constantes de enunciados constitucionais específicos. A ideia é a de correlacionar a omissão com a verificação de falhas da atuação concreta dos dispositivos constitucionais a revelar tutela insuficiente de direitos. O descumprimento do dever de legislar ou de expedir normas regulamentadoras decorreria da inércia dos poderes políticos, máxime o legislador, em criar as condições necessárias para o gozo efetivo dos direitos fundamentais, ou em deixar de afastar ou minimizar os obstáculos reais, as limitações fáticas que impeçam a fruição desses direitos, e isso independentemente da tipologia ou especificidade dos enunciados constitucionais. No fim, aponte que a omissão inconstitucional pode resultar da falta de coordenação estrutural entre lei e os modos de sua aplicação sob a forma de políticas públicas. Este último ponto interessa agora mais de perto.

Neste capítulo, aprofundando a ideia de omissão inconstitucional relacionada a falhas estruturais, a proposta volta-se a situação

particular de omissão estatal que implica violação massiva e contínua de direitos fundamentais. Para proteger a dimensão objetiva desses direitos, a Corte Constitucional colombiana acabou tomando medida extrema: reconhecer a vigência de um ECI. Trata-se de decisão que busca conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial.

Diante de quadro dessa natureza, faz-se em jogo, segundo aponta Clara Inés Vargas Hernández, magistrada da Corte Constitucional colombiana, o “compromisso ético do juiz constitucional de não permanecer indiferente e imóvel frente a diversas situações estruturais, que se inter-relacionam lesando de maneira grave, permanente e contínua numerosos direitos inerentes ao ser humano”. O juiz constitucional, de acordo com a magistrada, é chamado a cumprir o papel de “garantidor da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática e pluralista”.<sup>1</sup> A Corte Constitucional colombiana, em diferentes situações, tem cumprido esse papel – o de tutela da dimensão objetiva dos direitos fundamentais – por meio do aludido mecanismo por ela criado, denominado de ECI. Para Libardo José Ariza,

A doutrina do [estado de coisas inconstitucional] defende a intervenção estrutural da Corte Constitucional naqueles casos em que detecta uma violação massiva e sistemática de direitos. Tal situação é entendida como tendo sido gerada por deficiências dos arranjos institucionais do Estado. [...] quando a Corte detecta um “bloqueio institucional” que gere uma violação de direitos dessa magnitude, ela declara a existência de uma realidade inconstitucional, sendo a principal consequência que a Corte passa a cumprir funções de

---

1. HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**. n. 1. Universidad de Talca, Chile, 2003. p. 206.

## CAPÍTULO V

---

# Estado de coisas inconstitucional, ativismo judicial estrutural e diálogos institucionais

### 1. OS TERMOS DO DEBATE

A declaração do ECI e a consequente expedição de remédios estruturais revelaram interferência da Corte Constitucional colombiana em decisões próprias do Executivo e do Legislativo, notadamente no ciclo das políticas públicas. A circunstância não pode ser minimizada: afirmações de ativismo judicial têm fundamento, sendo colocada em dúvida a legitimidade da atuação judicial.<sup>1</sup> As cortes assumem papéis típicos de agente político: censuram a agenda do governo, apontam omissões inconstitucionais, verdadeiras falhas estruturais, estabelecem a necessidade de novas políticas públicas, definem os parâmetros e as finalidades dessas políticas, interferem na alocação

---

1. MACHADO, Daniela Sanclemente; VILLALOBOS, Carlos José Lasprilla. **El Juez de Tutela como Arquitecto del Estado Social de Derecho**. Op. cit. p. 86: O ECI é “a máxima expressão do ativismo judicial da Corte Constitucional colombiana na defesa dos direitos fundamentais como razão de ser do Estado social de direito”. Luis Ricardo Gómez Pinto (**El Juez de las Políticas Públicas**. Op. cit. p. 26) diz, em tom positivo, que com o ECI a Corte tem afirmado “sua supremacia não apenas jurídica, senão também política e econômica”. Em tom bastante crítico, cf. VASCONCELOS, Diego de Paiva. A (dis)funcionalidade do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI): estrutura da decisão e os limites funcionais do Direito. *Conpedi Law Review*. v. 3. n. 2. Braga (Portugal), 2017. p. 293: “O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) – que se apresenta como instrumento de proteção dos direitos fundamentais – é o estado da arte do ativismo judicial latino-americano”.

de recursos orçamentários, buscam coordenar as atuações das instituições de governo e supervisionam os resultados dessas medidas. As cortes assumem para si a tarefa de agentes de transformação social em casos excepcionais. Vão além do papel judicial tradicional, atraindo críticas de ordem democrática e questionamentos acerca de sua capacidade institucional.

Apesar de ser uma realidade do ponto de vista descritivo, o avanço de poder pelas cortes não é unanimidade sob a perspectiva normativa. Na verdade, a ascensão política de juízes e cortes sempre foi alvo de muitas críticas. A prática é acusada de afrontar o princípio democrático e o valor do autogoverno popular.<sup>2</sup> Fala-se em mutação do “Estado legislativo parlamentar em um Estado Jurisdicional governado pelo Tribunal Constitucional” e que “esse Tribunal se torna, em sentido peculiar, o soberano da constituição” em clara violação ao princípio da separação de poderes.<sup>3</sup> Outros destacam a carência de capacidade institucional do Judiciário, comparado aos Poderes Legislativo e Executivo, para avançar os comandos constitucionais na direção das transformações sociais.<sup>4</sup>

Essas críticas tornam-se ainda mais dramáticas se levados em conta os contornos das ordens judiciais do tipo que segue à declaração do ECI.<sup>5</sup> O alvo principal é o exercício expansivo e vigoroso de juízes e cortes sobre políticas públicas e alocações orçamentárias. Aqueles que acusam o ativismo judicial defendem que o comportamento judicial padrão deve ser o de deferência judicial.<sup>6</sup> Opositores de cortes aduzem que essas devem adotar a postura contrária ao ativismo judicial, qual seja, a de autorrestrição judicial: devem evitar declarar a nulidade de leis e de atos administrativos e manter-se distantes dos temas de

- 
2. Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.
  3. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale**. Milão: Giuffrè, p. 262.
  4. Cf. VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
  5. MACHADO, Daniela Sanclemente; VILLALOBOS, Carlos José Lasprilla. **El Juez de Tutela como Arquitecto del Estado Social de Derecho**. Op. cit. p. 87: “[...] as críticas não se têm feito esperar e, desde uma perspectiva conservadora do princípio da separação de poderes, são unânimes em questionar a arrogação de competências que faz a Corte Constitucional em se de tutela para, aparentemente, formular políticas públicas e inclusive ser ordenadora de gasto público”.
  6. Por todos, cf. WILKINSON III, J. Harvie. **Cosmic Constitutional Theory. Why Americans Are Losing Their Inalienable Right to Self-Governance**. New York: Oxford University, 2012.

natureza política, das escolhas políticas que, em uma democracia, cabem aos poderes batizados pelo voto popular.

Todavia, a declaração do ECI dá-se sempre em cenário extremado de falhas e bloqueios estruturais que revelam a incapacidade de os poderes políticos resolverem os problemas de violação massiva de direitos fundamentais. À situação extrema de violação de direitos, decorrente de falhas estatais estruturais, as cortes respondem com medidas de ativismo judicial sobre a formulação e condução de políticas públicas. Inércia político-administrativa de um lado, intervenção judicial atípica de outro. É possível legitimar o ativismo judicial presente na declaração do ECI?

Este capítulo busca essa resposta ao relacionar o ativismo judicial com a atuação dialógica das cortes. O ativismo judicial não é, segundo a perspectiva deste livro, aprioristicamente ilegítimo, salvo aquele voltado a afirmar a supremacia judicial: o ativismo do tipo antidialógico.<sup>7</sup> Mesmo o ativismo judicial do tipo estrutural, manifestado na hipótese de declaração do ECI, pode ser tido como legítimo se satisfeitas certas condições, que procuro prescrever neste capítulo. Antes, abordo os três temas que compõem o debate: o conceito de ativismo judicial e o enquadramento da declaração do ECI em sua dimensão estrutural; o conjunto de objeções democráticas e institucionais; e a resposta dialógica a essas objeções. Ao fim, defendo a ideia de “ativismo judicial estrutural dialógico” como possibilidade legítima de intervenção judicial em face de um ECI.

## 2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL<sup>8</sup>

A verdade deve ser dita: a atuação judicial envolvida na afirmação do ECI é exemplo destacado de ativismo judicial. Isso não significa, contudo, que seja ilegítima. O ativismo judicial é multifacetado, possui diferentes dimensões, responde a diferentes incentivos e fatores,

---

7. Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Op. cit. pp. 332-338.

8. Os conceitos e fundamentos apresentados neste tópico foram, originariamente, desenvolvidos na dissertação de mestrado defendida por mim, em 2012, no programa de pós-graduação da UERJ, sob o título “Dimensões do Ativismo Judicial do STF”. O trabalho foi publicado em livro pela Editora Forense, em 2014, com o mesmo nome.

## CAPÍTULO VI

---

# Uma agenda para o Supremo Tribunal Federal: o estado de coisas inconstitucional relativo ao sistema carcerário

### **1. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO POSSIBILIDADE PARA O BRASIL**

Conforme desenvolvido nos capítulos anteriores, a intervenção judicial, realizada quando da declaração do ECI, caracteriza-se como ativismo judicial estrutural e, satisfeitos requisitos próprios e não implicando supremacia judicial, revela-se postura judicial legítima. Dirigida a superar omissões estatais, especialmente a formulação e implementação deficientes de políticas públicas, juízes e cortes procuram defender a ordem objetiva de valores, a ideia de Constituição como um todo, o projeto constitucional originário. A preocupação é com a efetividade dos direitos fundamentais, com a proteção deficiente de direitos independentemente da tipologia normativa dos dispositivos constitucionais envolvidos. Neste capítulo, afirmo que a prática desenvolvida pela Corte Constitucional colombiana é tanto uma possibilidade como uma necessidade em diferentes setores da vida social brasileira, particularmente no caso do sistema carcerário. Como demonstrarei, o ECI pode ser um passo valioso para nosso controle da omissão estatal. O autor George Marmelstein assim sintetizou o procedimento do ECI:

A linha de ação segue o seguinte esquema: (a) identificação e prova do quadro de violações sistemática de direitos, por meio de inspeções, relatórios, perícias, testemunhas etc. - → (b) declaração do Estado de Coisas Inconstitucional → (c) comunicação do ECI aos órgãos relevantes, sobretudo os de cúpula e aos responsáveis pela adoção de medidas administrativas e legislativas para a solução do problema → (d) estabelecimento de prazo para apresentação de um plano de solução a ser elaborado pelas instituições diretamente responsáveis → (e) apresentação do plano de solução com prazos e metas a serem cumpridas → (f) execução do plano de solução pelas entidades envolvidas → (g) monitoramento do cumprimento do plano por meio de entidades indicadas pelo Judiciário → (h) realização de audiências públicas e medidas auxiliares para avaliar o cumprimento do plano → (i) após o término do prazo concedido, análise do cumprimento das medidas e da superação do ECI → (j) em caso de não-superação do ECI, novo diagnóstico, com imputação de responsabilidades em relação ao que não foi feito → (k) nova declaração de ECI e repetição do esquema, desta vez com atuação judicial mais intensa e ordens mais detalhadas.<sup>1</sup>

Em abstrato, no Brasil, requisitos institucionais e políticos para que, em concreto, o Supremo identifique e declare ECI(s), com toda a sorte de consequências próprias, já estão preenchidos. Do ponto de vista institucional, nossa Constituição possui Carta de direitos e mecanismos processuais que permitem, respectivamente, a tutela objetiva de direitos fundamentais e a tomada de ordens estruturais voltadas à superação do estado. A fragilidade fica por conta do acesso por vezes elitizado à jurisdição do Supremo. No mais, a noção de direitos fundamentais como princípios objetivos já é bem difundida, faltando, como apontado no capítulo II, vincular mais de perto a omissão inconstitucional à ideia de proteção deficiente desses direitos.

Como toda constituição democrática contemporânea, a nossa de 1988 possui, em seu núcleo, a previsão de um amplo catálogo de direitos fundamentais, veiculados tanto por meio de regras definitivas quanto por enunciados normativos vagos e indeterminados (princípios), e mediante o qual foi versado o equilíbrio de poder entre sociedade e Estado. Trata-se de direitos negativos e positivos, de matrizes liberal e

---

1. MARMELSTEIN, George. Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado. **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**. v. I. Perspectivas atuais de Direito Público: O Direito em tempos de crise. Op. cit. p. 251.

## 5. A ADPF Nº 347/DF

As condições inconstitucionais das prisões brasileiras têm estado na agenda do Supremo. No RE nº 580.252/MS, da relatoria do ministro Teori Zavascki, o Tribunal enfrenta a questão se o Estado deve indenizar, por meio de reparação pecuniária, presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em estabelecimentos com condições degradantes. O relator votou pela responsabilidade estatal, sendo acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes. Em voto-vista, o ministro Luís Roberto Barroso também assentou o dever de indenizar, apontando, contudo, o cabimento da remição de dias de pena, em vez de pagamento em pecúnia. O exame foi interrompido por pedido de vista da ministra Rosa Weber. O mesmo tema é tratado na ADI nº 5.170/DF, da relatoria da aludida ministra.

No RE nº 641.320/RS, relator ministro Gilmar Mendes, o Tribunal, em repercussão geral, enfrentou a matéria relativa ao direito de o condenado, estando em regime semiaberto, poder cumprir a pena em regime aberto ou prisão domiciliar, quando ausente acomodação adequada no sistema carcerário. O STF decidiu que: a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

Na ADI nº 5.356/MS, relator ministro Luiz Edson Fachin, impugna-se lei estadual por meio da qual foi estabelecida a obrigação de instalar bloqueadores de sinais de radiocomunicação nos estabelecimentos prisionais. O relator indeferiu a cautelar *ad referendum* do Plenário. Já no RE nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo