

Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: Transformações no Diagnóstico das Violações à Constituição

Jane Reis Gonçalves Pereira

Doutora em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Professora Adjunta de Direito Constitucional da UERJ. Juíza Federal.

Gabriel Accioly Gonçalves

Mestre em Direito Público pela UERJ. Servidor Público da Justiça Federal do Rio de Janeiro.

RESUMO: O conceito de inconstitucionalidade foi elaborado a partir da perspectiva legiscêntrica, focada na incompatibilidade intersistemática entre normas. O presente artigo examina as transformações na definição e no alcance do fenômeno da inconstitucionalidade e sustenta que este já não se exaure no plano da validade, incorporando a dimensão da efetividade. Quando examinamos a evolução do conceito de omissão inconstitucional, procuramos demonstrar o desgaste das classificações que segmentam as diversas formas de violação da Constituição, tendo como ponto culminante o reconhecimento pelo STF da existência de um *estado de coisas inconstitucional*. Apresentamos a definição de inconstitucionalidade sistêmica, que corresponde à violação de normas constitucionais em múltiplas dimensões e envolve um conjunto de ações institucionais, omissões e violações abrangentes e enraizadas, criando espaços vazios de constitucionalismo, muitas vezes com o apoio tácito das maiorias sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade. Conceito. Omissão. Inconstitucionalidade sistêmica. Estado de Coisas Inconstitucional.

ABSTRACT: The concept of unconstitutionality was elaborated from a legalist perspective, which is focused on the idea of an intersystemic incompatibility between norms. This article examines the transformations in the definition and scope of the phenomenon of unconstitutionality, defending that it is no longer exhausted itself in terms of validity, but embodies the dimension of effectiveness. By examining the evolution of the concept of unconstitutional legislative omission, we intend to demonstrate that the traditional classification of unconstitutionality is overcome, being the culmination of this process the acknowledgement, of an unconstitutional state of affairs Brazilian Supreme Court. We introduce the definition of systemic unconstitutionality, which corresponds to the violation of constitutional norms in multiple dimensions, understood as the violation of constitutional norms in multiple dimensions, involving a number of institutional actions, omissions and broad and sedimented violations, generating spaces void of constitutionalism, many times with the tacit support of social majorities.

KEYWORDS: Unconstitutionality. Concept. Omission. Systemic unconstitutionality. Unconstitutional State of Affairs.

I. INTRODUÇÃO

A inconstitucionalidade, como categoria dogmática, é um fenômeno relacionado ao reconhecimento da Constituição como norma dotada de supremacia e imperatividade. De forma genérica, a inconstitucionalidade pode ser definida como o atributo dos comportamentos que conflitam com as ordens emanadas da Constituição. Essa definição, aparentemente trivial e intuitiva, carrega consigo uma série de premissas relacionadas à configuração do constitucionalismo contemporâneo. Falar em inconstitucionalidade, usualmente, pressupõe um sistema em que as normas constitucionais são dotadas de supremacia hierárquica, a existência de órgãos estatais que possuem o poder de reconhecer as violações aos seus comandos, e, ainda, a presença de ferramentas institucionais que permitem sanar ou impulsionar a reversão das condutas qualificadas como inconstitucionais.

Existe, portanto, uma conexão intrínseca entre o conceito de inconstitucionalidade e a compreensão que se tenha sobre a finalidade e o

alcance das normas constitucionais, a extensão dos poderes atribuídos aos órgãos responsáveis por garantir sua aplicação e, correlatamente, as consequências e os efeitos que se atribuem ao reconhecimento das violações.

De forma esquemática, é possível afirmar que a inconstitucionalidade é um fenômeno *relacional*, em cuja análise se avalia a congruência entre o objeto controlado (tradicionalmente uma norma jurídica ou omissão normativa) e o parâmetro de referência (o sistema normativo constitucional). Esse tópico envolve uma série de problemas centrais da teoria constitucional contemporânea, como o conceito e a função da Constituição, a legitimidade democrática do Judiciário para garantir-lhe efetividade, a eficiência das ferramentas processuais idealizadas para esse fim, bem como a abertura do controle de constitucionalidade a outros agentes públicos e privados. Não seria possível, nos estreitos limites desse ensaio, perpassar todas essas questões. Buscaremos nos ocupar das recentes transformações no alcance e configuração do objeto da fiscalização da constitucionalidade, avaliando de que forma essas mudanças permitem identificar uma dilatação do conceito de inconstitucionalidade. Exploraremos, aqui, algumas reflexões sobre o que chamaremos de ***inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional***.

A hipótese central é de que, em modelos que operam com constituições analíticas e sobretudo em democracias jovens e marcadas por acentuada desigualdade, as violações à Constituição apresentam-se, com frequência, de forma multidimensional e sistêmica, o que impõe importantes dificuldades para sua correção, por meio das fórmulas ortodoxas de controle de constitucionalidade. Usando como referência de análise a evolução do conceito de omissão constitucional e o recente reconhecimento pelo STF da ideia de um *Estado de Coisas Inconstitucional*, importado da jurisprudência colombiana, procuraremos demonstrar que o conceito de inconstitucionalidade, em muitos casos, envolve um feixe complexo de ações e omissões, o que impõe que a análise quanto à violação da Constituição priorize a avaliação dos resultados e implicações do conjunto de comportamentos estatais e sociais, em substituição às leituras normativistas e legiscêntricas sobre o tema. Buscaremos, ao fim, formular um conceito unitário de inconstitucionalidade, que incorpore essas múltiplas facetas e formas de manifestação do fenômeno.

II. A PREVALÊNCIA DO PARADIGMA LEGISCÊNTRICO NOS CONCEITOS TRADICIONAIS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Tradicionalmente, a literatura jurídica descreve a inconstitucionalidade como uma relação de incompatibilidade entre normas pertencentes a um determinado sistema jurídico e a Constituição nele adotada. Nesse sentido, fala-se na inconstitucionalidade como “a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou de seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional”¹. Essa visão tem como fundamento a própria gênese do controle de constitucionalidade, estando fortemente influenciada pela “lógica de Marshall”², segundo a qual a relação de incompatibilidade vertical entre dois atos normativos de hierarquia distinta carrega a nulidade do ato inferior. O conceito ortodoxo de inconstitucionalidade é também tributário da compreensão do Direito como sistema governado por uma lógica própria e desconectada de critérios externos. Nesse sentido, fala-se na inconstitucionalidade como “um problema de relação intrassistemática de normas jurídicas, abordado do ponto de vista interno, conforme os critérios de validade contidos nas normas constitucionais”³.

A noção de incompatibilidade internormativa, todavia, é uma descrição acurada de apenas uma das facetas da inconstitucionalidade: aquela deflagrada por um comportamento ativo do legislador. Ela não se amolda a outras modalidades de comportamentos contrários às normas constitucionais, notadamente às omissões inconstitucionais absolutas e às violações decorrentes de falhas na implementação de políticas públicas. A ampliação do escopo das Constituições ao longo da segunda metade do

1 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 36. No mesmo sentido, v. TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rev. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universtária, 1991, p. 378-379.

2 Na precisa definição de NINO, Carlos Santiago. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Argentina, n. 4, 1989, p. 80: “A ideia é esta: é óbvio que os juízes devem aplicar a lei, mas como determinar o que é a lei? Em suma, está determinado pela Constituição, pelas regras de competência estabelecidas na Constituição; regras que, como diria Kelsen, se referem a um determinado órgão, a um determinado procedimento e, por vezes, a um determinado conteúdo. Quando a lei ou a suposta lei não satisfaz essas condições, na verdade não é uma lei e os juízes, portanto, não estão justificados para aplicá-la, assim como uma norma qualquer que tenha ditado um usurpador. Por conseguinte, se a Constituição é o parâmetro final para decidir o que é a lei, os juízes não podem estar justificados sob nenhuma circunstância de aplicar uma lei inconstitucional.” (tradução livre).

3 NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 70.

século XX, aliada à emergência do paradigma neoconstitucionalista⁴ – que encerra o reconhecimento de uma normatividade reforçada aos princípios e às normas abertas –, bem como o aumento da importância da função judicial e a aceitação de sua dimensão criativa, teve como um dos efeitos a progressiva atenção ao problema da inconstitucionalidade por omissão.

O conceito legiscêntrico de inconstitucionalidade é produto do seu processo de construção histórica. Inicialmente, a categoria se insere em um contexto de afirmação da Constituição diante da lei. Nesse sentido, a inconstitucionalidade surge como fórmula relacionada à passagem do modelo de soberania do Parlamento – em que a lei era o centro do ordenamento jurídico – ao da supremacia da Constituição, o que é operacionalizado através do *judicial review of legislation*. Isso explica que a teorização sobre o controle de constitucionalidade, pensada à luz do sempre mencionado precedente da Suprema Corte norte-americana *Marbury v. Madison*, adotasse como premissa genérica uma relação de incompatibilidade entre a Constituição e a lei.

Superado esse panorama histórico e pacificada a ideia de supremacia constitucional, opera-se um alargamento do conceito e das finalidades da Constituição. Ela não se resume ao ápice de uma *pirâmide normativa* autossuficiente, mas passa a ser entendida como um documento com múltiplos campos de irradiação, conformando o agir dos agentes públicos e da sociedade como um todo⁵. Essa assunção de novas tarefas impõe uma

4 A expressão *neoconstitucionalismo* tem sido empregada no vocabulário acadêmico nacional para designar as estruturas institucionais, teóricas e interpretativas que emergiram a partir das mudanças de paradigma do Direito na segunda metade do século XX. Em termos amplos, a expressão *neoconstitucionalismo* passou a ser associada à constitucionalização abrangente, ao fortalecimento da função judicial e ao emprego de métodos de interpretação antiformalistas. Sobre o tema, confira-se: SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 73-113; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, 2005, p. 1-42; CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003.

5 A teoria e a jurisprudência constitucional germânica contribuíram intensamente para essa mudança de paradigma. Com efeito, do afamado aresto Lüth a Corte Constitucional alemã desenvolveu a ideia de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, da qual deflui um *efeito de irradiação* destes direitos sobre todo o sistema e sobre todos os ramos do direito — administrativo, civil, comercial, penal... —, bem como exprime a vinculação das três funções do Estado — judiciária, administrativa e legislativa — aos comandos constitucionais. Desse efeito resulta, muitas vezes, a impossibilidade de determinar de forma nítida as fronteiras que separam o direito ordinário e o direito constitucional. Dele advém, ainda, a ideia de que os direitos fundamentais vinculam não apenas os poderes públicos, mas também os particulares. Neste sentido, v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431-497; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001;

revisão do conceito de inconstitucionalidade, reconhecendo-se que essa categoria nem sempre se resume ao exame de validade de atos estatais e da eficácia jurídica das normas constitucionais, passando a abarcar a noção de efetividade da Constituição.

Parece intuitivo que o ponto de partida dessa revisão é a admissão do controle das omissões inconstitucionais. Como destaca Clèmerson Clève, “o direito constitucional não conhecia terapia jurídica para esse tipo de patologia constitucional”⁶. Por não haver como retificar as omissões inconstitucionais usando o instrumental já estabelecido em relação às inconstitucionalidades por ações normativas, a idealização das ferramentas de correção das omissões inconstitucionais deu-se, inicialmente, de forma paralela e apartada das daquelas. Dessa forma, a evolução do conceito de omissão inconstitucional não promoveu, de plano, a atualização da teoria da inconstitucionalidade globalmente considerada. A evolução do conceito de omissão, todavia, foi decisiva para a redefinição de todo o arcabouço teórico da jurisdição constitucional. É chegado o momento de superar a dicotomia, desprendendo-se dos referenciais ortodoxos que empurram na direção de um tratamento conceitual e prático segmentado na análise da inconstitucionalidade. Se a inconstitucionalidade é um fenômeno polifacetado, sua definição deve abarcar suas múltiplas dimensões, permitindo um tratamento processual e judicial que avalie globalmente o conjunto de comportamentos que produzem resultados incompatíveis com o sistema constitucional.

É interessante notar, porém, que, mesmo nas abordagens sobre o controle das omissões inconstitucionais, o paradigma normativista e legiscêntrico exerceu forte influência. Nesse contexto, múltiplos estudos da questão priorizam o fenômeno das omissões sob o ângulo legislativo. Por vezes, essa influência se fez perceber até mesmo nas previsões constitucionais do fenômeno. Em Portugal, por exemplo, a perspectiva da inconstitucionalidade por omissão centrada no legislador encontra-se no próprio

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?: a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GUERRA FILHO, Qillis Santiago; GRAU, Eros Roberto (Orgs.) *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 108-115.

⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 51.

texto constitucional. O art. 283º, da Constituição portuguesa, prevê que [a] *requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.* (grifamos)

No caso da Constituição brasileira, foi empregada uma fórmula mais aberta, que abarca a inatividade não só do legislador, mas também da administração pública (CFRB/88, art. 103, § 2º). Todavia, em ambos os casos, um cuidado interpretativo se impõe. Nenhuma das normas mencionadas tem o condão de conceituar e exaurir o fenômeno da omissão inconstitucional. Como argutamente observa Jorge Pereira da Silva – em entendimento integralmente transplantável ao caso brasileiro – a previsão normativa insculpida na Lei Fundamental portuguesa ostenta inequívoco caráter de norma processual. Tornar o conceito substantivo de omissão inconstitucional dependente de uma norma processual – o que o autor denomina de perspectiva processualista das omissões inconstitucionais – configuraria um equívoco interpretativo relevante. Confirmam-se suas palavras a respeito:

“Segundo cremos, o artigo [283º] limita-se, apesar da amplitude da sua epígrafe, a estabelecer um meio de controlo, a cargo do Tribunal Constitucional, de uma modalidade particular de omissão do legislador. Nada no seu enunciado permite retirar a ilação de que não existem outros meios de controlar jurisdicionalmente as omissões do legislador, nem tão-pouco que não existem outras modalidades de omissão legislativa”⁷.

A omissão inconstitucional é uma categoria ampla e multifacetada. Analisando sua evolução, é possível perceber como esta – assim como a inconstitucionalidade em geral – envolve, além de um exame da validade do direito posto, outro, relativo à efetividade da Constituição, vale dizer, da sua capacidade de conformar a realidade social.

⁷ SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de Legislar e Protecção Jurisdicional Contra Omissões Legislativas*: contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 14.

III. A DICOTOMIA EM CRISE: A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E SEU IMPACTO NA TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE

III.1. Conceitos tradicionais de omissão. A distinção entre omissão e lacuna.

Diversos autores conceituam a omissão constitucional de forma mais abrangente que a mera inércia legislativa – ainda que, em seguida, centrem sua atenção exclusivamente na segunda. Nessa linha, segundo Costantino Mortati, o conceito de omissão corresponde a qualquer tipo de abstenção a respeito do que seja prescrito pela Constituição⁸. Luís Roberto Barroso, em sua obra clássica *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, já acrescia à omissão do órgão legislativo aquelas dos poderes constituídos na prática de atos impostos pela Lei Maior, bem como a omissão normativa do Poder Executivo, manifesta na não expedição de regulamentos de execução das leis⁹.

Na mesma linha, Jorge Miranda dilata o conceito de omissão inconstitucional, de modo a abarcar a não realização de quaisquer funções do Estado que sejam objeto de disciplina pela Constituição. Para esse autor, as omissões podem ser normativas ou não normativas, envolvendo as funções administrativa, de governo, jurisdicional e legislativa¹⁰.

Sobre as omissões normativas, questão relevante é a da interação desse conceito com outras situações de silêncio normativo. Estes podem ter diferentes significados jurídicos, sendo tarefa do intérprete identificar com que hipótese se depara. Nessa linha, uma primeira distinção clássica na teoria geral do direito aparta lacuna técnica e silêncio eloquente. A primeira diz respeito à incompletude do sistema normativo, sendo passível de integração através de analogia, ou do recurso a princípios gerais do direito. O segundo corresponde à não previsão de algo pelo legislador de

8 MORTATI, Costantino. Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore, *Il Foro Italiano*, v. 93, n. 9, 1970, p. 154.

9 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 160.

10 MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. A fiscalização da inconstitucionalidade por Omissão. *Revista Direito e Liberdade*, v. 14, n. 1, 2012, p. 11.

forma intencional e deliberada, com a finalidade de excluir a matéria não contemplada da órbita de incidência da norma¹¹.

De acordo com essa distinção, a vontade do legislador quanto à inclusão de determinada situação no âmbito regulativo de uma norma seria o parâmetro essencial a diferenciar as lacunas técnicas dos silêncios eloquentes. Também na teoria da omissão inconstitucional se identifica a preocupação com o critério vontade do legislador na caracterização conceitual dessa figura. Nesse sentido, em estudo clássico sobre o tema, Costantino Mortati emprega como critério distintivo entre lacunas e omissões inconstitucionais o de que as primeiras podem se verificar involuntariamente, ao passo que as segundas seriam sempre decorrentes de um ato de vontade, bem como decorreriam da violação de um dever¹². Em linha oposta, Ignacio Villaverde conceitua a omissão como o silêncio que provoca situações jurídicas contrárias à Constituição¹³. Essa definição aberta tem por objetivo descolar a conceituação da omissão inconstitucional do requisito de haver o descumprimento de um dever constitucional de legislar, ou do requisito de haver uma intencionalidade do legislador quanto ao descumprimento.

Com base em sua ruptura com o requisito de ser necessária a presença de um dever de produzir normas descumprido voluntariamente para se configurar a omissão inconstitucional, Villaverde estabelece a distinção entre *teorias obrigatorionistas* e *não obrigatorionistas* da omissão inconstitucional, aderindo à segunda¹⁴. Teorias obrigatorionistas afastam a omissão inconstitucional da lacuna normativa, já que esta, conceitualmente, independe da avaliação do descumprimento consciente de um dever de editar normas. Em se tratando de uma omissão normativa – a qual, no mais das vezes, será identificada em um processo de controle de constitucionalidade de

11 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 525.

12 MORTATI, Costantino. *Appunti...*, op. cit., p. 154

13 VILLAVERDE, Ignacio. La Inconstitucionalidad por omisión – un nuevo reto para la justicia constitucional. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *En busca de las normas ausentes: Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 57 e ss.

14 Idem, *ibidem*, p. 59. Ainda sobre a temática da necessidade de haver descumprimento de dever normativo para que se configure a omissão inconstitucional, interessante observação é feita por José Julio Rodríguez, para quem essa compreensão decorre de uma incorporação, ao direito constitucional, do sentido de omissão tal qual concebido pelo direito penal. A omissão penalmente relevante corresponde ao deixar de atuar a que obriga a lei, sendo imprescindível a existência de um dever de agir legalmente previsto. RODRÍGUEZ, José Julio Fernández. Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *En busca de las normas ausentes: Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 17-64.

natureza objetiva – a ênfase em uma suposta voluntariedade legislativa no descumprimento do dever de legislar parece descabida. Neste ponto, é a aferição pura e simples da ausência de concretização do comando constitucional no sistema normativo que assume relevância decisiva¹⁵.

Sob outro ângulo de análise, Jorge Miranda e Fernández Rodríguez também diferenciam lacunas de omissões, afirmando que apenas as primeiras seriam colmatáveis.

Jorge Miranda afirma que apenas as lacunas podem ser integradas pelo intérprete, mediante analogia ou enunciação da norma que criaria, se legislador fosse, à luz do sistema normativo. Já no caso das omissões inconstitucionais, não seria admissível similar preenchimento, em razão da multiplicidade de formas que a lei pode assumir ao concretizar as normas constitucionais¹⁶.

Fernández Rodríguez, por sua vez, argumenta que uma omissão inconstitucional não pode ser superada através da integração de lacunas pela interpretação de princípios constitucionais, já que, por definição, a omissão inconstitucional derivaria de uma inefetividade de dispositivo constitucional, o qual impõe um dever de legislar descumprido¹⁷.

De forma distinta, equiparando os conceitos, Gaetano Silvestri defende que as omissões correspondem a modalidades específicas de lacunas, que são as de tipo institucional ou normativo. As primeiras caracterizam-se por impossibilitar o funcionamento prático de órgãos ou entidades previstas na Constituição. Já as segundas dizem respeito a institutos, ou situações de fato que reclamam tratamento jurídico, mas não se encontram perfeitamente delineadas no texto constitucional¹⁸.

Há uma terceira linha de entendimento, que se pode denominar intermediária, integrada por Vezio Crisafulli e Ahumada Ruiz. Crisafulli afirma que, por vezes, a reparação de uma omissão legislativa inconsti-

15 Em perspectiva um tanto diversa, Jorge Pereira da Silva argumenta que ambas as perspectivas, se tomadas de forma isolada, são reducionistas. Para ele, a inconstitucionalidade por omissão constitui uma realidade bifronte, que engloba ambas as dimensões, a voluntarista, referente ao descumprimento de um dever de legislar, e a normativista, concernente ao resultado da inércia no plano do direito objetivo. Para fins de controle de constitucionalidade, contudo, é a perspectiva normativista a mais relevante. Para o autor, a perspectiva voluntarista adquire pertinência sob a ótica da responsabilidade civil do Estado por ausência de cumprimento do dever de legislar. Cf. SILVA, Jorge Pereira da. Op. cit., p. 13

16 MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. A fiscalização da inconstitucionalidade por Omissão. *Revista Direito e Liberdade*, v. 14, n. 1, 2012, p. 45.

17 RODRÍGUEZ, José Julio Fernández. Aproximación..., op. cit., p. 28.

18 SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della Corte Costituzionale, *Giurisprudenza Costituzionale*, v. XXVI, n. 8, 1981, p. 1703.

tucional equivale ao preenchimento de lacuna, o que pode ser realizado através da extração da norma faltante de um princípio geral contido na Constituição¹⁹. Ruiz, de forma similar, identifica as omissões legislativas inconstitucionais com as lacunas, defendendo, entretanto, que estas podem, a depender do contexto normativo, ser ou não colmatáveis²⁰.

Inegavelmente, não é cabível falar em uma identidade absoluta entre lacunas e omissões inconstitucionais normativas. Ilustrativo dessa assertiva é a constatação de Larenz no sentido de que toda lei é lacunosa, já que nenhum diploma contém soluções para todo e qualquer caso que demande disciplina jurídica e que seja atribuível ao seu âmbito de regulação²¹. A equiparação desse atributo, inerente à indeterminação do Direito, com o fenômeno das omissões inconstitucionais, como se toda lei imperfeita contivesse omissões inconstitucionais, demandaria a adoção de um dirigismo constitucional extremo, ou a adoção de uma visão da Constituição como se esta tudo regulasse – o que Alexy denominou de Constituição como ordem fundamental em sentido quantitativo²². Tal entendimento amesquinharia de forma inaceitável o princípio democrático, pois esvaziaria a liberdade de ação do legislador.

19 CRISAFULLI, Vezio. La Corte Costituzionale ha Vent'Anni. In: OCCHIOCUPO, Nicola. *La Corte Costituzionale tra Norma Giuridica e Realtà Sociale: Bilancio di vent'anni di attività*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 84.

20 RUIZ, Maria Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 8, 1991, p. 178.

21 LARENZ, Karl. *Metodologia...*, op. cit., p. 519.

22 A ideia da Constituição como ordem fundamental do Estado e da sociedade é amplamente acatada, mas também muito criticada. De um lado, ela encerra a noção de vinculatividade e estabilidade da Constituição, bem como sua qualidade de pilar axiológico da comunidade. Todavia, há críticas importantes a essa concepção, elaboradas por teóricos que entendem que, de um lado, deve ser reservado um espaço maior às instâncias de representação tradicional (Executivo e Legislativo) e, de outro, uma Constituição abrangente traz embutida um aumento no poder judicial. Nesse sentido, ForsthoFF critica o entendimento da Constituição como um “ovo jurídico originário”, da qual provém desde o Código Penal até a legislação sobre termômetros. Já Böckenförde demonstra preocupação com a ascensão do Judiciário, afirmando que, caso a Constituição seja entendida como *ordem fundamental de valores* vinculantes, a liberdade estaria subordinada aos que detêm o monopólio da sua interpretação, abrindo as portas para uma forma de totalitarismo constitucional. Alexy, adotando uma posição que busca conciliar vinculação constitucional e liberdade legislativa, rejeita as críticas de Böckenförde e ForsthoFF. Segundo o autor, a Constituição pode ser vista como *uma ordem-fundamento* no sentido atribuído por Böckenförde se entendermos que ela encerra todas as ordens e possibilidades de conformação da ordem jurídica. Se isso fosse verdadeiro, seria válida a ironia do “ovo jurídico originário”, a que se refere ForsthoFF, e o legislador estaria subordinado ao Judiciário, a quem caberia interpretar tudo já o que fora decidido pela Constituição. Considerando o *princípio democrático* e a separação de *poderes*, Alexy sustenta que a Constituição é uma *ordem-moldura*, em que existe um espaço em que o legislador detém uma margem de ação, não estando obrigado a nem proibido de atuar. Em suas palavras: “a moldura é o que está ordenado e proibido. O que se confia à discricionariedade do Legislador, ou seja, o que não está ordenado ou proibido, é o que se encontra no interior da moldura”. ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, v. 22, n. 66, p. 13-64; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 40-43.

De outra parte, têm razão Villaverde e Ahumada Ruiz quando rechaçam – para a definição conceitual de omissão inconstitucional – a perquirição da presença de um deliberado propósito do legislador de descumprir um dever específico. Esse esquema conceitual pressupõe o parlamento como um agente singular, dotado de vontade unitária, recaindo nas mesmas dificuldades da teoria da *mens legislatoris*²³. Ademais, o que parece fundamental é que o descumprimento de um dever constitucional é fenômeno que se atesta através de critérios puramente objeto de avaliação (*e.g.*, adoção ou não de lei regulando assunto sobre o qual paire o dever de legislar, resultado da conduta legislativa na realidade social). Investigações relativas à intenção parlamentar tornam-se irrelevantes quando a ausência de norma produz resultados inequivocamente inconstitucionais.

Isso não significa, contudo, que entre as omissões normativas e as lacunas haja uma identidade conceitual plena. O que se identifica é uma relação de (parcial) causalidade entre as duas figuras: do descumprimento de um dever constitucional de legislar – isto é, de uma modalidade de omissão inconstitucional – decorre uma determinada modalidade de lacuna, cuja configuração, portanto, é dependente da manifestação dos pressupostos das omissões inconstitucionais de tipo normativo (fatores temporais e contextuais). Trata-se, assim, de uma *lacuna inconstitucional*, que resulta da omissão legislativa. Como visto, essa configuração representa uma modalidade singular de vazio normativo, pois que há outras hipóteses em que a falta de regulação gera lacunas que não ferem a Constituição diretamente. As consequências normativas da adoção desse esquema conceitual serão abordadas no próximo subtópico, especialmente quando do estudo das omissões superáveis e não superáveis.

O tratamento conceitual das omissões inconstitucionais incorre em outro problema. Apesar de a categoria ter sido formulada a partir de um contraste com a inconstitucionalidade por ação, essa dicotomia jamais foi absoluta. A aproximação dos conceitos, que exploramos adiante, pode ser identificada já no seu ponto de partida.

Como observa Jorge Pereira da Silva, a omissão absoluta pode ser descrita como um cenário de *inconstitucionalidade omissiva por ação*. O exem-

23 A respeito, v. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 116 e ss.

plo emblemático é uma lei revogatória que produza uma omissão inconstitucional – *e.g.*, por violação ao princípio da vedação do retrocesso²⁴. É possível, ainda, que o vazio normativo inconstitucional seja proveniente de uma atuação comissiva do Poder Judiciário, ao invalidar lei integradora no controle de constitucionalidade por ação.

Na jurisprudência do STF, esse segundo exemplo pode ser ilustrado pelas decisões da Corte relativas à Lei Complementar nº 62/89, que disciplinava os critérios de uso dos recursos do Fundo de Participação dos Estados (FPE). Inicialmente, o ato normativo foi declarado inconstitucional no julgamento da ADI nº 875. A Corte optou, entretanto, por modular os efeitos da decisão, para que esta somente viesse a produzir efeitos após dois anos. Objetivava-se, com isso, dar tempo hábil ao Congresso Nacional para que expedisse nova norma a respeito do tema.

Findo o período demarcado, constatou-se ter permanecido inerte o Parlamento. A fim de se evitar graves efeitos sistêmicos decorrentes de um vazio legal sobre o tema, concedeu a Corte a medida cautelar pleiteada na ADO nº 23, conferindo nova sobrevida de 150 dias à produção de efeitos da lei. O *horror vacui* referente a atos normativos é hipótese típica no direito comparado de intervenções judiciais dotadas de maior criatividade²⁵. No caso, fica evidenciada a impossibilidade de se estremar, de forma estanque, a inconstitucionalidade por ação e por omissão, o que é ilustrado pela circunstância de que se deu continuidade ao controle da constitucionalidade de um mesmo ato normativo, inicialmente feito por ADI, através de ação de controle de inconstitucionalidade por omissão.

O mesmo deve ser reconhecido em relação às omissões inconstitucionais parciais. Também neste domínio é tênue a fronteira que separa as omissões da inconstitucionalidade por ação. Segundo entendimento do STF, que reconhece a fungibilidade entre a ADI e a ADO, quando em pauta a omissão parcial, nessa hipótese, os controles por ação e por omissão acabam por ter o mesmo objeto, formal e substancialmente, qual seja, a inconstitucionalidade de uma norma em razão de sua incompletude²⁶.

24 SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de...*, op. cit., p. 18.

25 PINARDI, Roberto. *L'Horror Vacui Nel Giudizio Sulle Leggi*. Prassi e Tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo Scopo di ovviare all'inerzia del legislatore. Milão: Giuffrè, 2007.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 875*. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgado em 24 fev. 2010, DJ 30 abr. 2010.

A percepção de que as inconstitucionalidades por ação e por omissão são realidades mais próximas do que se supunha suscita questionamentos interessantes. Seriam as diversas modalidades de inconstitucionalidade por ação transplantáveis, ainda que parcialmente, aos domínios das omissões inconstitucionais? Há, independentemente disso, manifestações do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão carentes de reconhecimento e tratamento doutrinário mais apurado? Consideramos que essas hipóteses contêm dose razoável de consistência. No subtópico seguinte, serão explorados alguns julgados do STF à luz dessa perspectiva de investigação.

III.2. Modalidades infrequentes de omissão normativa inconstitucional

O fenômeno da omissão inconstitucional normativa – em especial legislativa – apresenta manifestações pouco recorrentes, quando não despercebidas. É bastante conhecida – e, aliás, de expressa consagração normativa, na Lei nº 9.868/99, através do art. 12-B, I, acrescido pela Lei nº 12.063/09²⁷ – a classificação entre omissões inconstitucionais totais e parciais.

No entanto, analisando-se a jurisprudência do STF, é possível identificar hipóteses que escapam a essa dicotomia, justificando um esforço de conceituação. Assim sendo, o presente tópico destina-se à apresentação das classificações das omissões inconstitucionais em *a)* originária e superveniente; *b)* direta e reflexa; *c)* superável e não superável.

Quanto à primeira das classificações propostas, a sua ideia básica segue o padrão lógico da inconstitucionalidade originária e superveniente na sua modalidade inicialmente identificada – controle por ação. Como se sabe, o STF reconhece a categoria da inconstitucionalidade progressiva, ou superveniente, ou lei ainda constitucional, para as hipóteses de normas que, embora, quando de sua edição, não fossem incompatíveis com a Carta constitucional, com o tempo adquirem esse vício. De forma aproximada, tem-se também essa situação nos casos em que a pura e simples invalidação da norma, por circunstâncias fático-normativas, agravaria o estado de inconstitucionalidade. Assim, preserva-se a norma temporariamente, para que, sobrevindo a concretização devida da Constituição – *e.g.*, pela elaboração de outros atos normativos – aquela lei ainda constitucional torne-se inválida por completo.

27 BRASIL. Lei nº 9.868/99, art. 12-B, I: “Art. 12-B. A petição indicará: I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa”.

Exemplo conhecido nesse sentido diz respeito ao art. 68 do Código de Processo Penal, o qual atribui ao Ministério Público a legitimação extraordinária para pleitear reparação quando o titular do direito for pobre²⁸. Como sabe, com o advento da Constituição Federal de 1988, a guarda e tutela dos hipossuficientes foi transferida para a Defensoria Pública. Entretanto, a automática não recepção do mencionado dispositivo do CPP promoveria, enquanto não plenamente instaladas as Defensorias Públicas em todos os estados da federação, uma inconstitucionalidade ainda mais grave, ao desgarnecer, por completo, os hipossuficientes de proteção jurídica²⁹.

Mais recentemente, também é possível observar na jurisprudência da Corte o reconhecimento – embora não com essa designação – de casos de omissão inconstitucional parcial superveniente. Esse fenômeno é observado na evolução da jurisprudência do STF no que tange ao requisito financeiro para se fazer jus ao benefício de prestação continuada (BPC), contido na Lei nº 8.742/93 (LOAS), art. 20, § 3º. A literalidade do dispositivo fixa critério objetivo para a aferição da miserabilidade, para fins de recebimento do benefício de um salário-mínimo. Inicialmente, o critério foi julgado constitucional pelo STF, no âmbito da ADI nº 1.232³⁰.

Contudo, após esse julgamento, observou a Corte que sobrevieram alterações fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (modificações legislativas dos patamares econômicos empregados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais) que desencadearam uma inconstitucionalização superveniente do comando legal. Tornou-se o art. 20, § 3º, da LOAS juridicamente insuficiente para a realização do comando constitucional que prevê, na forma da lei, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (CRFB/88, art. 203, V). Com a decisão, passou o Tribunal a admitir o emprego de outros critérios para a aferição casuística

28 BRASIL. Código de Processo Penal, art. 68: “Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1o e 2o), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.”

29 Foi o que reconheceu o Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 135.328. Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 29 ago. 1994, DJ 20 abr. 2001.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** nº 1.232, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, Relator p/ Acórdão Ministro Nelson Jobim, julgado em 27 ago. 1998, DJ 01 jun. 2001.

da miserabilidade, superando-se obstáculo legal que impedia que a norma constitucional fosse concretizada em maior medida³¹.

Do cotejo entre os casos acima abordados é possível depreender que a classificação proposta não configura apenas uma perspectiva distinta de análise de um fenômeno idêntico. Note-se que, no caso da instalação da Defensoria Pública, a inconstitucionalização superveniente torna a norma incompatível *in totum* com a Constituição, o que a aproxima de um esquema típico de inconstitucionalidade por ação. Já no caso relativo ao Benefício de Prestação Continuada, o que se passa é distinto: a incompatibilidade normativa reside no fato de que a norma, com o tempo, torna-se insuficiente e desatualizada em face das ordens constitucionais em que se ampara, sendo esse o fator que atrai a sua caracterização como uma omissão parcial (na hipótese, superveniente)³².

Um segundo esquema classificatório proposto diz respeito à inconstitucionalidade omissiva por via direta e por via reflexa. Novamente, a classificação constitui adaptação do esquema já consagrado para a inconstitucionalidade por ação, ao fenômeno da omissão inconstitucional. O critério diz respeito à presença, ou não, de ato normativo hierarquicamente intermediário entre a Constituição e aquele reputado inconstitucional. Assim, lei ordinária incompatível com a Constituição configuraria hipótese de inconstitucionalidade direta, ao passo que, se a incongruência residir em decreto regulamentador da lei, a ofensa será reflexa. Como regra, a jurisprudência do STF considera apenas a ofensa direta à Constituição objeto possível de controle.

Um exemplo mostra como esse esquema distintivo pode ser aplicado à inconstitucionalidade por omissão. Recentemente, o Tribunal de Justiça e a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo editaram o Provimento Conjunto nº 03/2015, responsável por regulamentar as chamadas Audiências de Custódia. Por meio desse ato administrativo, ficou determinado que, em caso de prisão, deve a pessoa detida ser apresentada,

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 580.963. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18 abr. 2013, DJ 14 nov. 2013. A Corte Constitucional colombiana reconhece expressamente a categoria conceitual da omissão inconstitucional parcial superveniente, em hipótese de direito pré-constitucional. Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença C-533/12.

32 A Corte Constitucional colombiana, em *obiter dictum*, já reconheceu expressamente a categoria conceitual da omissão inconstitucional parcial superveniente, em hipótese de direito pré-constitucional materialmente incompatível com a nova Carta constitucional. COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença C-533/12.

até 24 horas após seu encarceramento, ao juiz competente, a fim de que se aprecie a legalidade do ato coercitivo.

Em apreciação da constitucionalidade do mencionado Provimento, adotou o Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o ato confere concretude ao art. 7º, item 5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o qual dispõe que *toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz*. Isso significa, embora a Corte suprema não tenha adotado essa nomenclatura, que a ausência de ato regulamentador dessa previsão normativa – que, por estar inserida em tratado de direitos humanos, ostenta o caráter supralegal – configura verdadeira *omissão inconvenional*³³, ao frustrar os objetivos desse ato normativo.

Mas não é só. Além disso, reconheceu o STF que o Provimento criado pelo TJSP regulamenta não só o citado preceito do *Pacto de San José da Costa Rica*, mas também concretiza a liberdade constitucional contra detenções indevidas, que o texto constitucional pretende garantir através do instrumento do *Habeas Corpus*. A conexão é evidente: possuindo a Carta constitucional um denso catálogo de garantias fundamentais, a concretização de previsão contida em instrumento internacional de proteção aos direitos humanos incorporado à ordem jurídica brasileira é, também, *ipso facto*, implementação da Constituição. Em perspectiva invertida, a ausência de normativa que materialize e operacionalize disposição prevista em tratado internacional de direitos humanos é, ainda que por via reflexa, omissão inconstitucional.

Por fim, é possível traçar uma distinção entre omissões superáveis e não superáveis. Essa última classificação é apresentada por Jorge Pereira da Silva, cujo magistério é no sentido de que o que diferencia essas formas de omissão é a possibilidade de se ultrapassar a situação de vazio normativo decorrente do descumprimento de dever de legislar através do recurso às normas jurídicas vigentes – isto é, pela via integrativa. Coloca-se em pauta, através desse critério distintivo, a possibilidade de se prescindir do legislador na superação da omissão a ele imputada³⁴.

Evidentemente, a classificação escapa da visão tradicional do princípio da separação de poderes, segundo a qual os órgãos que desempenham

33 BAZAN, Víctor. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenionales*. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. Bogotá: Konrad Adenauer, 2014.

34 SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de...*, op. cit., p. 91 e ss.

a jurisdição constitucional, por serem legisladores negativos, não estariam autorizados a superar omissões legislativas para sanar inconstitucionalidades. Entretanto, já não se afigura mais possível ater-se cegamente a essa perspectiva a respeito da natureza e função dos tribunais constitucionais e desviar os olhos do fenômeno das sentenças manipulativas – praticadas já há algumas décadas em Cortes Constitucionais europeias, sobretudo na italiana – e também, inequivocamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Encurtando-se, por brevidade, extenso debate doutrinário existente a respeito da técnica de decisão das sentenças manipulativas³⁵, uma das principais vertentes teóricas sobre esse assunto, que se adota no presente estudo, é a que a concebe como um mecanismo de integração de lacunas normativas³⁶. De forma igualmente simplificada, entendemos que o recurso ao mecanismo integrativo é possível nas situações em que seja possível identificar solução constitucionalmente obrigatória ao caso, isto é, unidade de solução normativa³⁷.

A manifestação mais emblemática das sentenças manipulativas são as sentenças aditivas direcionadas à tutela do princípio da isonomia. A hipótese é de uma omissão inconstitucional parcial relativa – a incompatibilidade com a Constituição decorre de o ato normativo atribuir tratamento diverso a categorias de destinatários diferentes, de forma ilegítima, isto é, sem esteio constitucional. Superando-se a visão tradicional de que, nessas hipóteses, nada restaria ao ente jurisdicional, senão a sinalização da inconstitucionalidade ao parlamento e a decretação de sua mora, essa espécie de sentença aditiva expande o âmbito de incidência pessoal da norma, incorporando o grupo discriminado ao tratamento normativo mais benéfico, independentemente de isso ser, ou não, comportado pela literalidade mínima do preceito controlado.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, hipótese indiscutível de sentença aditiva corresponde a julgado relativo à pensão por morte dos dependentes de servidores do estado de Minas Gerais. De acordo

35 Sobre a categoria das sentenças manipulativas, em caráter analítico, v. GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

36 Adotando essa perspectiva, v. CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Pádua: CEDAM, 1984, p. 407-8; SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della Corte Costituzionale, *Giurisprudenza Costituzionale*, v. XXVI, n. 8, 1981, p. 1684-1721; PICARDI, Nicola. Le sentenze integrative della Corte costituzionale. In: PICARDI, Nicola et. al. *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, v. 4, Roma: Giuffrè, 1977, p. 597-634.

37 CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto...*, op. cit., p. 407-408.

com o que preceitua a lei desse ente federado, Lei nº 9.380/86, art. 7º: “[c]onsideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta Lei: I - a esposa, o marido inválido, (...)”. Rejeitando tese de que seria necessária a edição de lei específica a disciplinar o direito a pensão por morte a cônjuge supérstite do sexo masculino não inválido, o STF decidiu pela extensão do tratamento conferido pela lei às viúvas aos viúvos dependentes³⁸. Assim, considerou essa uma omissão inconstitucional superável por via integrativa. Inequivocamente, a pronúncia envolveu a superação dos limites semânticos do objeto de controle, sendo essa outra nota distintiva da conceituação de uma sentença como manipulativa³⁹.

Como visto, porém, nas situações em que não se vislumbrar uma solução constitucionalmente obrigatória apta a sanar a omissão inconstitucional, ter-se-á omissão inconstitucional insuperável, isto é, dependente de saneamento pela via tradicional, legislativa. A mais avançada teoria das técnicas de decisão espelha essa classificação através da divisão entre sentenças aditivas e aditivas de princípio. As segundas são aplicáveis nos casos em que o Judiciário, por não identificar solução constitucional unívoca que corrija a insuficiência normativa inconstitucional, restringe-se a ditar parâmetros ao legislador. Estes parâmetros judiciais devem, necessariamente, decorrer da Constituição, e visam a nortear a ação do Parlamento, quando da elaboração da lei que supere a omissão inconstitucional⁴⁰.

Caso típico de omissão inconstitucional insuperável é aquele que se opera quando há reserva absoluta de lei. O exemplo principal nesse sentido é o da legislação em matéria penal que tenha por finalidade prever um novo tipo penal, ou agravar o regime persecutório em relação a determinada conduta.

Recentemente, o STF se deparou com essa questão ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, proposta pela Procuradoria-Geral da República, na qual se pediu, por analogia ao crime de racismo, a criminalização da conduta da homofobia e transfobia. A deci-

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 699.199*, Primeira Turma, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 26 mai. 2015, DJe 15 jun. 2015.

39 Distinguem-se essas espécies de sentença daquelas interpretativas – e.g., as que aplicam a técnica da interpretação conforme a Constituição, pela circunstância de que extrapolam os limites interpretativos do ato controlado, a ele agregando-se um *quid novi*, à luz da Constituição. Cf.: ZAGREBESY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: il Mulino, 2012, p. 391.

40 Sobre as sentenças aditivas de princípio, v. DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie*. Paris: Economica, 1997, p. 279 e ss.

são, tomada por maioria de 8 ministros, liderada pelo Relator, Min. Celso de Mello, julgou procedente o pedido. Entendeu o Ministro que a decisão não configura analogia *in malam partem*, mas interpretação do conceito de racismo, de forma a englobar na repressão penal a sua dimensão social, na qual também se insere o preconceito contra minorias sexuais. Destacou-se, ainda, o art. 5º, XLI, da CF/88, conforme o qual: “*A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. Restaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli, para os quais, em resumo, o enquadramento da homofobia e da transfobia, pela via judicial, no conceito de racismo para fins penais viola o princípio da reserva legal.

Em que pese a consistência e a força persuasiva dos argumentos apresentados pela maioria, permanecemos a considerar que a omissão deveria ter sido considerada como insuperável. Consideramos que a observância do princípio da legalidade em matéria penal integra o conteúdo mínimo do Estado de Direito, tratando-se de salvaguarda essencial da liberdade constitucional, sendo incompatível com essa garantia o reconhecimento de novo tipo penal pela via jurisdicional, por mais grave que seja a conduta enquadrada na norma proibitiva penal.

Significa isso que nada estaria ao alcance do STF nessa hipótese, a nosso juízo, devendo a Corte ter julgado a ação improcedente? A resposta é negativa. Inicialmente, parece fora de dúvida que, reconhecida a omissão inconstitucional, seria cabível ao tribunal adotar decisão de apelo ao legislador, a fim de que este atue no suprimento da omissão. A referida técnica de decisão é instrumento de diálogo entre os poderes, constituindo, neste sentido, uma forma de controle fraco de constitucionalidade.

Por outro lado, esse instrumental decisório pode ser encarado sob uma ótica de que frustra os objetivos constitucionais, já que a praxe institucional demonstra que, não raro, as decisões de apelo ao legislador não surtem os efeitos esperados, permanecendo o legislador inerte, o que, aliás, foi reconhecido pela maioria do tribunal nesse julgamento. De outra parte, ainda no caso específico da homofobia e transfobia, dados estatísticos informam a alarmante quantidade de homicídios computados, anualmente, no Brasil, movidos pelo ódio a minorias sexuais⁴¹. Essa situação é

41 Dados estatísticos sobre o tema apresentados de forma sintética podem ser acessados no Parecer da Procuradoria-Geral da República a respeito da ADO nº 26, no qual opinam pela procedência parcial da ação. Disponível em: <<http://www.>

pertinente para ilustrar que, por vezes, a omissão legislativa é apenas uma faceta de um fenômeno muito mais amplo, que configure uma inconstitucionalidade sistêmica, ou o que, recentemente, foi denominado pelo STF de estado de coisas inconstitucional⁴².

Essa questão nos conduz ao estudo das dimensões não normativas da inconstitucionalidade omissiva. Como introdução a esse tema, contudo, é indispensável tratar de formas mais consagradas de omissões inconstitucionais não normativas.

III.3. Omissões inconstitucionais não normativas

Como mencionamos anteriormente, não são poucas as conceituações doutrinárias de omissão inconstitucional que incorporam dimensões não normativas, apesar de aprofundarem apenas o exame das omissões normativas. Esse ponto está ligado à afirmação da Constituição como ordem fundamental não apenas do Estado, mas da sociedade como um todo.

Na jurisprudência nacional, um exemplo do processo de reconhecimento das omissões não normativas é a progressiva judicialização dos direitos sociais. O STF já admitiu expressamente que as políticas públicas de implementação dos direitos fundamentais podem ser apreciadas em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁴³. Isso põe em xeque a compreensão predominante sobre os processos objetivos, segundo a qual estes encerrariam apenas o exame da ordem jurídica abstratamente considerada.

pgr.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf. Acesso em: 28 nov. 2015.

42 O reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional sobre a homofobia e transfobia no Brasil tornaria possível ao STF lançar mão de um arsenal mais complexo de mecanismos decisórios do que um simples apelo ao legislador. Neste sentido, não se pode deixar de cogitar da coordenação pelo STF da adoção de outras providências, de caráter normativo – respeitada a reserva de lei absoluta para a cominação de novos tipos penais – e material, de modo a se superar esse grave estado de inconstitucionalidade. Ilustrativa dessa hipótese seria a determinação de formulação de políticas públicas voltadas a promover campanhas educacionais de combate à homofobia em escolas e instituições públicas, bem como destinadas ao combate da discriminação desses grupos no mercado de trabalho, dentre outras medidas, devendo a implementação desse arsenal ser monitorado pelo Judiciário. Essa nos parece a solução que melhor concilia o mandamento constitucional de proteção aos direitos fundamentais com a necessidade de observância a salvaguardas do princípio democrático e do estado de direito, reservando-se um espaço em que cabe exclusivamente ao legislador a superação da inconstitucionalidade. Tendo em vista as limitações da ADO, essa solução demandaria o recebimento da ação como ADPF, em aplicação do entendimento da Corte de fungibilidade entre as ações de controle objetivo de constitucionalidade. Entendemos que a observação conserva a pertinência mesmo após o julgamento, tendo em vista, ademais, as limitações dos instrumentos do direito penal na conformação da realidade social.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* n° 1698. Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 25 fev. 2010, DJe 16 abr. 2010: “há possibilidade, sim, de a Constituição ser descumprida por uma omissão em relação a políticas públicas que são exigidas das entidades do Poder Público”.

Nessa linha, não apenas a ausência de atos normativos, mas também a inexistência de programas de governo que efetivem as normas de direitos fundamentais torna-se objeto de análise da Corte – em processos objetivos –, a fim de se mensurar se o comportamento dos agentes estatais está, ou não, conforme a Constituição. Mantendo-se a divisão de que o que difere os processos subjetivos e objetivos é ser, ou não, a tutela de direitos subjetivos o cerne da prestação jurisdicional, essa nova leitura do controle de constitucionalidade implica, sem o abandono dessa dicotomia, o reconhecimento de que a tarefa de velar pelo cumprimento da Constituição não é apenas examinar a compatibilidade entre atos normativos (validade), mas, também, fiscalizar a sua realização pelos agentes públicos (efetividade). Essa atividade nada mais é que um monitoramento e coparticipação, pelo Judiciário, da materialização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O dever de proteção a esses direitos também recai sobre os juízes e não se exaure na análise das normas por expedientes interpretativos⁴⁴.

A implementação dos direitos sociais é uma matéria que guarda conexão estrita com o tema das omissões. A crescente judicialização desses direitos – bem como acolhimento das demandas pelo Judiciário – traz implícita a concepção de que os entes públicos não adimpliram seu dever de materializar os comandos constitucionais, ou seja, pressupõe o reconhecimento de omissões materiais inconstitucionais⁴⁵. Vale destacar, ainda, que o STF tem apreciado um amplo espectro de situações envolvendo omissões não normativas tendo como parâmetro direto normas constitucionais programáticas, rejeitando a visão de que elas demandariam inexoravelmente *interpositio legislatoris* para produzirem efeitos e se tornarem vinculantes⁴⁶.

O impacto desse quadro na visão legiscêntrica da omissão inconstitucional é evidente, ao retirar do parlamento o monopólio da atenção sobre o dever de cumprimento da Constituição. Também outros entes, como órgãos executivos, entram em foco. Com isso, a análise da atuação de todos os agentes públicos é alçada à condição de objeto de controle de

44 MARTÍNEZ, Julian Tole. La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación, *Cuestiones Constitucionales*, n. 15, 2006, p. 285.

45 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, estado de direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Iuris*, v. 08, 2015, passim.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário* nº 393.175. Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12 dez. 2006, DJ 02 fev. 2007.

constitucionalidade em processos objetivos. É ilustrativa dessa tendência a incorporação, pela lei que instituiu a ADPF, do controle concentrado de “atos do poder público”, abarcando, assim, não apenas os atos normativos, mas também políticas e ações concretas dos agentes do Estado. De outra parte, deixam de ser relevantes para o estudo da omissão inconstitucional apenas as normas constitucionais que explicitamente remetem ao legislador, através de cláusulas típicas como “na forma da lei”, que caracterizam as normas de eficácia limitada.

III.4. A convergência na análise de ações e omissões inconstitucionais: a inconstitucionalidade sistêmica e a importação pelo STF do conceito colombiano de “estado de coisas inconstitucional”

A evolução do conceito de omissão e as classificações aqui analisadas indicam a progressiva convergência entre as noções de inconstitucionalidade por ação e por omissão, em vista da pluralidade e da complexidade dos meios pelos quais as constituições são infringidas.

É possível afirmar que a aproximação decorre, entre outros fatores, do entendimento de que as normas são produtos de interações complexas entre os enunciados textuais e a realidade que visam a regular. Partindo dessa perspectiva, mais importante do que avaliar a conformidade entre ações ou omissões legislativas e políticas com as prescrições textuais da Constituição, é avaliar as consequências dessas condutas estatais, vale dizer, quais são os resultados que produzem⁴⁷.

Paralelamente, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, da qual dimanam efeitos de irradiação, deveres de proteção pelo Estado, bem como o princípio de vedação da proteção deficiente⁴⁸,

47 Nesse sentido, v. SANTOS, João Paulo de Aguiar. *Omissões Legislativas Inconstitucionais: reflexões acerca do seu delineamento teórico e da legitimidade democrática do seu controle*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013; SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios Constitucionales*, ano 7, n. 2, 2009, p. 34; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao ‘Estado de coisas inconstitucional’*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 56.

48 A compreensão de que os direitos fundamentais ostentam uma dimensão objetiva, que deflagra efeitos de irradiação sobre toda a ordem jurídica e que enseja deveres de proteção pelo Estado e impõe uma proibição de proteção deficiente, foi originariamente construída na jurisprudência alemã, e tem acolhida no STF, que os menciona em diversos arestos. O Ministro Gilmar Mendes, em passagem de seu voto vista no HC nº 96.759/CE, apresenta uma boa síntese da interligação entre essas três noções: “A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros. Essa interpretação da Corte Constitucional empresta, sem dúvida, uma nova dimensão

encerra a ideia de que há um amplo feixe de ações normativas e materiais que a Constituição impõe aos poderes públicos, de modo que a superposição e variedade de comportamentos inconstitucionais advêm da própria compreensão do que a ordem constitucional ordena.

Considerado esse panorama, a recente decisão da ADPF nº 347, que postula a intervenção do Judiciário no calamitoso e flagelante sistema carcerário brasileiro, pode ser entendida como um ponto culminante do reconhecimento da inconstitucionalidade como fenômeno multidimensional. O Tribunal, nesse julgamento, promoveu a importação do conceito de estado de coisas inconstitucional, há quase duas décadas empregado pela Corte Constitucional da Colômbia.

A afirmação da existência de um estado de coisas inconstitucional surgiu na jurisprudência colombiana em 1997 (sentença SU-559), quando foi apreciada a omissão estatal em garantir direitos previdenciários aos professores municipais. No precedente, a Corte reconheceu que havia um quadro mais amplo, que ia além do pedido dos litigantes, reconhecendo que uma série de falhas estruturais confluía para a existência de um *estado de coisas inconstitucional*. Assim, impôs a correção da inconstitucionalidade aos outros municípios em situação semelhante, determinando que fosse sanada, em prazo razoável, a situação de todos os docentes. A fundamentação da intervenção judicial nas políticas públicas se apoiou no art. 113 da Constituição colombiana, que contempla a divisão de poderes e determina que os ramos do Estado “colaborem harmonicamente para a realização de seus fins”. Aparece ainda na fundamentação o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A categoria permitiu à Corte Constitucional atribuir efeitos objetivos e gerais às decisões tomadas em pedidos de tutela individual com

aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de “adversário” para uma função de guardião desses direitos. É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais. **Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote)**”. (grifamos). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 96.759, Segunda Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 28 fev. 2012, DJe 12 jun. 2012.

potencial de multiplicação. No conhecido julgamento sobre o sistema carcerário (T-153 de 1988), a corte destacou: i) o caráter geral dos direitos aplicáveis; ii) as causas estruturais das violações, que não decorriam da ação apenas da autoridade demandada, exigindo o acionamento de diversos agentes estatais; iii) a circunstância prática de que, se todos os titulares do direito postulassem a tutela, haveria um congestionamento desnecessário do Judiciário, sendo mais “indicado dar ordens às autoridades competentes a fim de que ponham em ação suas faculdades para eliminar esse estado de coisas inconstitucional”. Estava presente, na formulação do instituto, o propósito de conferir uma solução ampla e transcendente aos pedidos apresentados em tutelas individuais com potencial de multiplicação, evitando a sobrecarga do aparato judiciário.

Ao longo dos anos, diversas decisões recorreram à categoria em pauta. Os mais conhecidos tratam da trágica situação das pessoas deslocadas em função dos conflitos armados no país. São múltiplos os casos em que a Corte colombiana se ocupou do tema. A primeira, que constituiu o ponto de partida, foi a sentença T-024, de 2004. Também importante foi a decisão T-068, de 2010. Nesse julgamento, a Corte enumerou vários argumentos que recapitulavam os julgamentos precedentes e reforçavam o diagnóstico quanto à existência de um estado de coisas inconstitucional, relacionando-o à persistência e extrema gravidade das violações. De acordo com a decisão, o problema das populações deslocadas poderia ser qualificado como:

“i) ‘um problema de humanidade que deve ser enfrentado em conjunto por todas as pessoas, a começar, como é lógico, pelos funcionários do Estado’; (ii) ‘um verdadeiro estado de emergência social, iii) ‘uma tragédia nacional que afeta o destino de inúmeros colombianos e que marcará o futuro do país durante as próximas décadas’ iv) ‘um grave perigo para a sociedade política colombiana’; v) um ‘estado de coisas inconstitucional’ que ‘contradiz a racionalidade implícita no constitucionalismo’ para causar uma ‘evidente tensão entre a pretensão de organização política e a profícua declaração de valores, princípios e direitos contidas no Texto Fundamental e a diária e trágica constatação da exclusão de milhões de colombianos desse acordo’⁴⁹. (*tradução livre*)

49 COLÔMBIA. Corte Constitucional. T-068 de 2010.

Apesar da ampla atenção dado ao tema, não existe uma conceituação sólida e unívoca do estado de coisas constitucional. É ilustrativa dessa indeterminação conceitual a compilação realizada por Róman Corredor, que lista dez elementos característicos do “estado de coisas inconstitucional” na jurisprudência colombiana. Sem juízo de valor a respeito da concordância com todos os aspectos elencados pelo autor, confira-se a sua enumeração:

“A) Inobservância reiterada e geral das liberdades e direitos essenciais pelos poderes públicos. B) Adoção de práticas constitucionais por ditos poderes. C) A omissão dos órgãos competentes em matéria de defesa de direitos constitucionais em adotar as medidas corretivas a violações desses direitos. D) A manutenção de normativas transitórias e provisionais em matéria de direitos fundamentais, como o da autonomia e independência do poder judicial e seu regime disciplinar. E) O ativismo judicial. F) A temporariedade de juízes. G) O funcionamento deficiente e o desempenho insuficiente dos organismos judiciais e de defesa e proteção dos direitos fundamentais. H) O exercício de delegação legislativa ilimitada pelo Poder Executivo. I) A impunidade em delitos de corrupção e contra os direitos humanos. E, J) A substituição dos mecanismos formais de reforma constitucional e do poder constituinte pela justiça constitucional”⁵⁰. (tradução livre)

Em termos gerais, é possível identificar alguns aspectos que se repetem com maior frequência no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pela Corte da Colômbia, quais sejam: i) a multiplicidade de pessoas atingidas pelas violações, que tornaria impossível ou indesejável a tutela individual; ii) a persistência das violações; iii) a circunstância de não haver uma única autoridade imputável, capaz de sanar as violações; iv) o fato de as violações decorrerem de causas estruturais e v) a gravidade das violações⁵¹.

50 CORREDOR, Róman J. Duque. Estado de Derecho y justicia: desviaciones y manipulaciones. El Estado de cosas inconstitucional, Provincia Especial, 2006, p. 343-344.

51 Entre nós, Carlos Alexandre Campos esboça a seguinte conceituação: “Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas In-

Na decisão do STF que empregou o conceito, o relator destacou a severidade e persistência das violações a direitos humanos nos presídios brasileiros, afirmou que a responsabilidade seria atribuível aos três poderes do Estado, bem como a todos os entes da federação, já que as transgressões maciças decorrem da falta de coordenação institucional entre os agentes públicos e de falhas estruturais⁵². Nos votos que até agora circularam, porém, não foi dado grande destaque aos argumentos relacionados à necessidade e utilidade de uma solução coletiva, talvez pela circunstância de não haver, a exemplo do que ocorre na Colômbia, a necessidade de superar uma limitação de ordem processual. Entre nós, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que deflagra controle concentrado da constitucionalidade, já pressupõe naturalmente uma decisão de alcance transcendente e vinculante⁵³.

Apesar do destaque dado ao tema em virtude do ativismo da Corte Constitucional colombiana, vale destacar que não foi essa a experiência comparada – tampouco esse o momento histórico – em que tal modelo de adjudicação surgiu. De fato, mudança similar quanto ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário foi experimentada nos Estados Unidos, através da denominada *structural litigation*⁵⁴. Como a conceitua Owen Fiss,

constitucional e o litígio estrutural. *Consultor Jurídico*, [S.l.], 01 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

52 O Ministro Relator destacou que “[a] inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes”. As leis que preveem direitos aos presos não se tornam efetivas, e nada se faz para mudar isto. Tem-se, assim, o “mau funcionamento estrutural e histórico do Estado (...) como fator de violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade”. Disponível em: <<http://cdn.jota.info/wp-content/uploads/2015/08/ADPF-MC-347-Voto.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

53 Está em tramitação o Projeto de Lei do Senado Federal nº 736, de 2015, que, alterando a Lei da ADPF e o Novo Código de Processo Civil, busca estabelecer limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo STF e dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. O projeto encontra-se sob a apreciação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

54 A expressão *structural litigation*, usada de forma intercambiável com *public law litigation*, busca designar um modelo de litigância atrelado à judicialização de políticas públicas. Através dessa, busca-se a implementação de mudanças estruturais de modo a se promover um bem comum futuro. O conceito é construído em oposição ao modelo tradicional de litigância individual (*private litigation*), tendo como diferenças as circunstâncias de que, nesse último, usualmente tem-se por objeto uma lide que diz respeito a particulares bem definidos, que compõem a relação processual de forma adversarial. Já na *public law litigation*, as pessoas diretamente relacionadas ao tema judicializado são amorfas e difusas, bem como o tipo de intervenção que se requer do Judiciário é mais complexo. V. NEFF, Emma C. From Equal Protection to the Right to Health: Social and Economic Rights, Public Law Litigation, and How an Old Framework Informs a New Generation of Advocacy, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, v. 43, n. 2, 2009, p. 158-159. A respeito, cf., ainda, BARCELLOS, Ana Paula de. Sanitation Rights, Public Law Litigation and Inequality: A Case Study from Brazil, *Health and Human Rights*, v. 16, n. 2, 2014, p. 35-46.

trata-se do instrumento através do qual o Judiciário busca reorganizar instâncias burocráticas de modo a torná-las compatíveis com a Constituição⁵⁵. Mediante essa técnica, busca-se a contenção e reversão de quadros de violações sistêmicas a direitos fundamentais⁵⁶.

Como ensina Fiss, o referido modelo de litigância surge no direito norte-americano como uma ferramenta necessária para implementar a decisão tomada pela Suprema Corte em *Brown v. Board of Education*. O esforço de traduzir essa decisão para a prática institucional e social do país representou uma radical transformação do *status quo*, enfrentando formas difusas de resistência. Efeito tão intenso não poderia ser atingido através de uma decisão que, pura e simplesmente, declarasse a inconstitucionalidade de uma prática⁵⁷. Por esse motivo, em decisão proferida pela Suprema Corte no ano seguinte à inicial – conhecida como *Brown II*, de 1955 – foi atribuída às autoridades escolares a responsabilidade por criar mecanismos que tornassem possível a dessegregação racial no sistema de ensino público americano, decidindo-se, ainda, que caberia ao Poder Judiciário federal em escala nacional as tarefas de monitorar as providências a serem adotadas e combater abusos e obstruções à decisão⁵⁸.

Com a adoção desse modelo decisório, assume o Judiciário um papel de motor de reformas das instituições públicas. Essa forma de jurisdição é considerada o protótipo do modelo decisório associado ao reconhecimento de estados de coisas inconstitucionais, defendendo-se a sua incorporação em outros países⁵⁹. Desde a experiência com a equalização racial no acesso à educação, esse modelo de litigância foi aplicado para se buscar injetar valores constitucionais em estruturas, ou funções governamentais, de modo a reverter práticas, costumes ou estados já sedimentados incompatíveis com a Constituição, como as condições dos detentos no sistema prisional, ou abusos cometidos por forças policiais⁶⁰. Recentemente,

55 FISS, Owen M. The Allure of Individualism, *Iowa Law Review*, v. 78, n. 1, 1993, p. 965.

56 HIRSCH, Danielle Elyce. A Defense of Structural Injunctive Remedies in South African Law, *Oregon Review of International Law*, v. 9, n. 1, 2007, p. 19.

57 FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice, *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, 1979, p. 3.

58 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Brown v. Board of Education* - 349 U.S. 294 (1955).

59 HIRSCH, Danielle Elyce. A Defense..., op. cit., p. 26.

60 FISS, Owen M. Foreword... op. cit., p. 4.

destaca-se, ainda, a assunção de técnicas decisórias desse tipo em Cortes Internacionais de proteção aos direitos humanos⁶¹.

A legitimidade desse tipo de atuação jurisdicional não é imune a críticas e receios doutrinários. De um lado, afirma-se que são as circunstâncias fáticas – e não a interpretação constitucional de forma isolada – que permitem essa concentração de poderes no Judiciário⁶². De outro, questiona-se o risco de que mudanças profundas na realidade sejam motivadas não por leituras *corretas* do texto constitucional, mas por leituras exóticas que os julgadores apresentem.

Segundo David Landau, a análise das experiências comparadas que adotaram mecanismos dessa natureza indica que, para concretizar metas ousadas como as que caracterizam esse modo de litigância, parece ser condição imprescindível a presença de forte apoio difuso, com relativa homogeneidade de visão acerca dos meios de solução da questão⁶³. Isso significa que a abertura do Judiciário à participação e manifestação de entidades e agentes ligados à implementação que se busque desse direito é vital para o sucesso desse tipo de empreitada⁶⁴.

A observação diz respeito também a outro risco associado à adoção de modelos de *structural litigation*, que é o de que o Poder Judiciário não seja dotado da capacidade institucional para levar a efeito esse tipo de plano, não sendo capaz de prever as consequências da sua atuação ou evitar fracassos, como o ocorrido no cenário colombiano no que diz respeito a tentativas de reforma do acesso à saúde naquele país⁶⁵.

61 HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, 2015, p. 1-40.

62 NEFF, Emma C. From Equal Protection to the Right to Health: Social and Economic Rights, Public Law Litigation, and How an Old Framework Informs a New Generation of Advocacy, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, v. 43, n. 2, 2009, p. 152 e ss.

63 LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement, *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, 2012, p. 237.

64 Sobre a experiência colombiana de participação de entidades da sociedade civil na atuação da Corte no que diz respeito, cf. a notícia jornalística a respeito da população deslocada: UPRIMNY, Rodrigo. Vergüenza y esperanza. *El Espectador*, [S.l.], 19 set. 2015. Disponível em: <<http://www.elespectador.com/opinion/vergüenza-y-esperanza>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

65 Idem, *ibidem*. No mesmo sentido, v. NEFF, Emma C. From Equal Protection..., op. cit., p. 153. Atribui-se a Lon Fuller a formulação clássica dessa crítica, rejeitando o autor *in totum* a adoção de modelos de adjudicação que extrapolem o esquema tradicional de resolução de lides entre partes bem definidas. Cf. FULLER, Lon. The Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, 1978, p. 353-409.

IV. A INCONSTITUCIONALIDADE SISTÊMICA, MULTIDIMENSIONAL E GRAVE. A REDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE E A INTENSIDADE E GRAVIDADE DAS VIOLAÇÕES COMO LIMITE AO DIRIGISMO JURISDICIONAL

Como já destacamos no início desse trabalho, o conhecimento convencional define a inconstitucionalidade como um fenômeno relacional, de incompatibilidade entre comportamentos e comandos constitucionais, focalizando prioritariamente as condutas estatais, em geral, e as legislativas, em particular. A evolução do conceito de inconstitucionalidade, porém, não tem acompanhado de forma organizada as transformações recentes do constitucionalismo contemporâneo. As inúmeras classificações e variações da noção de inconstitucionalidade são ilustrativas do processo de desgaste conceitual. Estaria o conceito de inconstitucionalidade em vias de se tornar um “conceito essencialmente contestado”? Ou seria possível desenhá-lo de forma a abarcar suas múltiplas facetas?

De forma esquemática, podemos elencar os seguintes aspectos presentes nas variadas formas de inconstitucionalidade: i) *o aspecto relacional*, de comparação entre dois elementos que se encontram em posições hierarquicamente distintas; ii) *o aspecto subjetivo*, que pressupõe verificar o agente que produz a inconstitucionalidade; enquanto nas concepções clássicas esse agente é essencialmente o Estado, nas últimas décadas o controle passa alcançar, também, os particulares; iii) *o aspecto paramétrico*, vale dizer, o referencial tomado como norma superior e imperativa; aqui entra em cena a natureza e o alcance da Constituição; a expansão desse referencial passa pelo advento do constitucionalismo social, pelo reconhecimento da imperatividade das normas programáticas e pela inclusão dos tratados no bloco de constitucionalidade; vi) por fim, integra o conceito de inconstitucionalidade *o aspecto prático*, que se refere ao tipo de conduta que contrasta com o parâmetro superior. Nas leituras tradicionais, o foco recaía sobre comportamentos ativos contrários às normas constitucionais, bem como sobre a produção de atos em desconformidade com os procedimentos previstos na Constituição. As omissões inconstitucionais, analisadas no tópico precedente, são o ponto de virada do processo de ampliação das condutas inconstitucionais. As atuais dificuldades de formular uma decomposição segura que aparte ações e omissões indica a necessidade de superar a dicotomia.

Com efeito, ainda que tenhamos ao longo deste artigo priorizado o exame das omissões inconstitucionais, é interessante notar que, afora o caráter relacional (de comparação), todos os aspectos que integram o conceito de inconstitucionalidade foram expandidos nas últimas décadas. Há uma relação de implicação recíproca entre essas mudanças de paradigma e o conhecido fenômeno global de crescimento do protagonismo do Judiciário. Naturalmente, essa nova realidade intensifica a tensão ancestral entre constitucionalismo e democracia. Por isso, o tratamento teórico do fenômeno da inconstitucionalidade não prescinde da avaliação sobre de que forma a autonomia democrática e a liberdade do legislador devem ser tomadas em conta quando de sua análise. Se a inconstitucionalidade é um fenômeno que, não raro, se apresenta de forma sistêmica e multidimensional, de que forma será possível calibrar o raio de ação do Judiciário, preservando uma arena significativa para a deliberação democrática? Em nossa visão, a fórmula para integrar essas duas grandezas em oposição ao conceito de inconstitucionalidade é operar com uma análise de gradação, incorporando a este último a *intensidade da violação*. A existência de um grau acentuado de incompatibilidade entre as normas constitucionais e os comportamentos analisados torna-se, assim, um elemento decisivo para sua qualificação em juízo como inconstitucionais. Trabalhando a partir de uma ótica gradualista, o reconhecimento de que a inconstitucionalidade pode se manifestar de forma multidimensional não acarretará a transformação do Judiciário na espinha dorsal do constitucionalismo, no dirigente definitivo e supremo de todas as controvérsias que possam, de forma direta ou indireta, ser reconduzidas à constituição.

Ao inserir uma dimensão quantitativa na formulação do conceito de inconstitucionalidade, inspiramo-nos na teoria das margens de ação, de Robert Alexy, calcada na compreensão da Constituição como ordem-moldura em sentido qualitativo. Embora desenvolvida, inicialmente, com foco na relação entre Constituição e Parlamento, é certo que o seu cerne diz respeito à forma de se acomodar o convívio entre órgãos eleitos democraticamente e órgãos não eleitos, responsáveis por controlar as atividades dos primeiros à luz da Constituição. Assim, seu esquema básico pode ser transplantado para a estrutura estatal de modo geral, já que nenhum órgão público se situa em uma espécie de zona franca da Constituição. Nessa linha, propomos aplicar à ideia de constitucio-

nalidade globalmente considerada uma avaliação sobre a intensidade e abrangência da violação às normas constitucionais: quanto mais grave for o grau de inefetividade constitucional, mais forte deve ser a intervenção jurisdicional corretiva. Na mensuração da intensidade da violação, deve-se ter em conta aspectos como o caráter disseminado da prática, bem como o seu enraizamento. Nos cenários de violações gravíssimas, estaremos diante de práticas inconstitucionais tão sedimentadas e naturalizadas que assumem os contornos de verdadeiros costumes inconstitucionais, nos quais se verificam a passividade e anestesia, tanto das instituições estatais como da sociedade em geral.

A adoção de um critério quantitativo decorre também da constatação de que a configuração de uma inconstitucionalidade envolve, além de um exame de validade, outro de efetividade. Essa relação pode se manifestar de formas pouco intuitivas, como ilustra o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente. Na aferição desta, é a concretização do projeto constitucional por mudanças fáticas e jurídicas que produz a nulidade da norma impugnada, e não o mero cotejo textual dos dispositivos legais e constitucionais⁶⁶. Isso demonstra que a inconstitucionalidade de um ato normativo é influenciada pelos fatos, ou – pondo em outros termos – que efetividade e validade são fenômenos que se entrelaçam no exame da congruência entre um ato e a Constituição.

É certo, porém, que a avaliação quantitativa da inconstitucionalidade deve vir acompanhada de um exame qualitativo, que tenha em conta a importância axiológica das normas violadas. Em Constituições extensas e detalhistas, como a nossa, há uma enorme heterogeneidade na relevância valorativa dos dispositivos. Nessa ordem de ideias, a inefetividade quanto à implementação de normas apenas formalmente constitucionais é menos grave do que o descumprimento de normas que integram o núcleo material que conforma a identidade valorativa da Constituição. Assim, ao *standard* anterior deve ser associado outro, relativo à vertente qualitativa da inconstitucionalidade, que pode ser ex-

66 Assim, retomando-se os exemplos já apresentados no tópico III.2, no exemplo da implementação da defensoria pública, é a concretização desse objetivo, disposto na Constituição, que, supervenientemente, torna inconstitucional o art. 68 do CPP, que atribui ao Ministério Público a legitimação para pleitear reparação quando a vítima for pobre. No caso do Benefício de Prestação Continuada, é a previsão em outros diplomas legais de critérios mais benéficos de acesso a benefícios assistenciais do art. 20, § 3º, da LOAS – originalmente constitucional – que o torna insuficiente diante da Constituição, a qual busca conferir graus progressivos de assistência aos desamparados.

presso através da seguinte proposição: quanto mais relacionada à tutela dos direitos fundamentais e aos princípios basilares for a norma usada como parâmetro para verificação da inconstitucionalidade, mais intenso deve ser o grau de intervenção jurisdicional.

Nesse ponto, cabe questionar em que medida a formulação colombiana acerca do estado de coisas inconstitucional é útil no panorama brasileiro, ou, colocando em outros termos, de que forma sua incorporação deve ser acompanhada de *standards* de interpretação e conceitos próprios, voltados para nosso sistema e realidade. Possivelmente, a partir do julgamento da ADPF nº 347, a expressão foi incorporada ao vocabulário constitucional de forma irreversível. Ocorreu, nesse caso, o fenômeno que Alonso Freire denominou *importação constitucional*⁶⁷. A importação de ideias constitucionais é uma prática ubíqua no constitucionalismo contemporâneo, podendo ser caracterizada como o processo pelo qual órgãos políticos e judiciais – especialmente Cortes Supremas e Constitucionais – introduzem no sistema jurídico nacional, por meio de legislação e de precedentes, institutos, técnicas e outras construções legislativas e judiciais estrangeiras em matéria de direito constitucional.

A vantagem desse processo de circulação de ideias e institutos estrangeiros é atribuir ao direito um caráter mais dinâmico, deliberativo e cosmopolita. De fato, uma abordagem paroquial da Constituição pode privar a jurisdição constitucional de visões distintas e enriquecedoras, impedindo que os operadores jurídicos consigam “pensar fora da caixa”. De outro, há três riscos que o fenômeno encerra. O primeiro, nosso velho conhecido, é o imperialismo de ideias, em que apenas os países centrais exportam conceitos e práticas, absorvidas, não raro acriticamente, pelos países periféricos. O segundo, também usual, é a incorporação seletiva e enviesada de um instituto ou conceito, que é empregado de forma descontextualizada e deformada, com o único propósito de conferir subsídios que apoiem a tese sustentada pelo “agente importador”. Por último, mais inofensivo, é o uso de ideias estrangeiras com função meramente decorativa, com o propósito de conferir aparência de erudição à argumentação em pauta.

Sopesadas as vantagens e desvantagens do livre trânsito de ideias constitucionais entre países, é ainda assim imperioso ter como ideal

67 FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. JOTA, [S.l.], 17 nov. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/jota-mundo-importacao-de-ideias-constitucionais>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

regulativo que esses processos não representem a perda da identidade constitucional. Toda Constituição tem uma dimensão cultural própria⁶⁸ que, posta em diálogo com outras, pode evoluir sem se tornar uma caricatura ou um *patchwork* de feições alheias. Propomos, assim, que o processo de assimilação de conceitos externos corresponda a uma forma de **antropofagia constitucional**⁶⁹, do qual resulte uma *absorção sem imitação*, para que possamos construir nossas narrativas constitucionais sem veneração por catequismos externos. Defender que se impõe uma reconstrução dos conceitos importados não corresponde à afirmação de uma espécie de anti-imperialismo constitucional, mas sim sustentar que nosso constitucionalismo deve enunciar narrativas de autoria própria, ainda que esta resulte da mistura de variados elementos das culturas constitucionais provindas de realidades sociais distintas (como a europeia e norte-americana), similares (como as latino-americanas e das democracias recentes) e de seus múltiplos referenciais internos⁷⁰.

É certo que os riscos de importação acima enumerados não se apresentam quanto ao conceito de estado de coisas inconstitucional. Há

68 Sobre as complexas relações entre Constituição e cultura, é interessante a contribuição de Peter Häberle, que afirma que a teoria constitucional é sempre parte integrante de uma realidade cultural, entendida a partir de três eixos: tradição, inovação e pluralismo. O pluralismo liga-se ao entendimento do autor de que a Constituição é uma realidade aberta, ao mesmo tempo que constituiu a herança cultural do povo, de sua tradição e de sua experiência histórica, assim como o reflexo de suas esperanças e expectativas futuras. HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Technos, 2000, passim.

69 Dado o cerne temático do presente estudo, o melhor desenvolvimento do conceito de antropofagia constitucional será deixado para ocasiões futuras.

70 O Movimento Antropófago foi lançado na década de 1920 por Oswald de Andrade, enunciando a ideia de mestiçagem cultural e rejeitando a importação acrítica da cultura estrangeira. Como afirma José Paulo Paes: “[A]o aderir de corpo e alma à voga do primitivo, os vanguardistas de 22 não estavam apenas copiando mais uma moda europeia. Estavam era tentando descobrir a identidade brasileira por um processo de retomada cultural que Oswald de Andrade explicitou no Manifesto Antropófago: ‘Sem nós a Europa não teria sequer a sua pobre declaração dos direitos do homem’. Referia-se ele obviamente ao mito do bom selvagem inspirado pelo índio americano a Montaigne e Rousseau e que o neoprimitivismo se encarregou de pôr outra vez em circulação. Antonio Candido acentuou a legitimidade dessa retomada ao observar que ‘no Brasil, as culturas primitivas se misturam à vida cotidiana ou são reminiscências ainda vivas de um passado recente’, pelo que as ‘terríveis ousadias’ sugeridas a artistas plásticos como Picasso e Brancusi ou a poetas como Max Jacob e Tristan Tzara pelas deformações e/ou simplificações expressivas da arte primitiva são ‘mais coerentes com a nossa herança cultural do que com a deles.’” PAES, José Paulo. *A aventura literária: ensaios sobre ficção e ficções*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 65. Neste sentido, vale observar alguns trechos do *Manifesto Antropófago*, de Oswald de Andrade: “Contra todos os importadores de consciência enlatada. A existência palpável da vida. E a mentalidade pré-lógica para o Sr. Lévy-Bruhl estudar [...] Queremos a Revolução Caraíba. Maior que a Revolução Francesa. A unificação de todas as revoltas eficazes na direção do homem. Sem nós a Europa não teria sequer a sua pobre declaração dos direitos do homem. Contra a verdade dos povos missionários, definida pela sagacidade de um antropófago, o Visconde de Cairu: – É a mentira muitas vezes repetida. (...) As migrações. A fuga dos estados tediosos. Contra as escleroses urbanas. Contra os Conservatórios e o tédio especulativo.” ANDRADE, Oswald. *Manifesto Antropófago*. *Revista da Antropofagia*, ano 1, n. 1, 1928 apud CANDIDO, Antonio; CASTELLO, J. Aderaldo. *Presença da literatura brasileira: história e crítica*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, p. 79-89.

certa similaridade nas realidades dos dois países. Em verdade, observa-se até mesmo um salutar e inédito movimento de apreciação da produção dos países vizinhos, que possuem realidades mais parecidas com a nossa do que aquelas dos usuais exportadores de ideias constitucionais. Porém, na linha do processo de antropofagia constitucional a que nos referimos, entendemos que uma reflexão se impõe. Não seria preferível repensar o próprio conceito de inconstitucionalidade que deflui da Carta de 1988 de forma mais ampla, sem nos vincularmos aos cânones construídos pela Corte colombiana? Se a inconstitucionalidade é um fenômeno que pode muitas vezes se manifestar de forma sistêmica e multidimensional, é possível intuir que o conceito de inconstitucionalidade terá, em muitos cenários, alcance mais amplo que a própria ideia de um estado de coisas inconstitucional. E, para além desse ponto, nosso sistema de controle oferece múltiplas ferramentas para a correção das inconstitucionalidades sistêmicas. Enquanto na Colômbia a construção da noção de um *estado de coisas inconstitucional* foi necessária para conferir caráter objetivo, abstrato e transcendente às decisões da Corte nas tutelas individuais idealizadas para produzir efeitos *inter partes*, no Brasil já existem variadas ferramentas processuais que permitem a adoção dessas mesmas medidas com base na própria noção de inconstitucionalidade, que, em diversos casos, assume caráter sistêmico. Seguindo essa linha de raciocínio, quando sistêmica e multidimensional a inconstitucionalidade, os remédios judiciais poderão, naturalmente, envolver providências que ataquem as causas estruturais e alcancem todas as dimensões do fenômeno.

Assim, se é certo que violações abrangentes, intensas e estruturais de direitos fundamentais são as mais importantes e justificarão, na linha do que se afirmou antes, intervenções mais acentuadas do Poder Judiciário, não se deve descartar a possibilidade de haver inconstitucionalidades sistêmicas que envolvam comandos outros além das normas de direitos fundamentais. Um exemplo que ajuda a ilustrar a questão é o conhecido caso de ausência de lei complementar que, a teor do que determina o art. 18, § 4º, da CRFB/88, disponha sobre a criação incorporação, fusão e desmembramento de municípios. A despeito do vazio normativo, diversos municípios foram criados, ou passaram por mutações como as descritas, provocando uma expansão desordenada e irregular do Estado brasileiro,

em desarmonia com a forma prescrita a respeito de tema sensível ao pacto constitucional, que é a forma federativa de Estado.

Esse quadro de inconstitucionalidade sistêmica pode ser imputado a uma pluralidade de agentes – ao Congresso Nacional, por omissão, às Assembleias Legislativas, por ação – tendo, ainda, a propensão a se convolar em novas inconstitucionalidades, oriundas da organização dos municípios irregulares. Embora essa situação tenha sido atenuada com a promulgação da Emenda Constitucional nº 57/08, que convalidou os municípios criados até 31 de dezembro de 2006, a inconstitucionalidade persiste, já que a emenda nada dispôs em relação ao futuro⁷¹. A situação já se prolonga por quase 20 anos. Evidentemente, a organização do Estado é uma das dimensões nucleares das Constituições ocidentais herdeiras das revoluções liberais, razão por que essa manifestação de inefetividade generalizada não deve ser menosprezada.

Em vista das ideias que desenvolvemos ao longo desse artigo, propomos dois conceitos operacionais. A inconstitucionalidade pode ser definida como a relação de incompatibilidade entre condutas ativas ou omissivas dos entes estatais ou dos particulares com a Constituição. A inconstitucionalidade sistêmica, por seu turno, é a violação de normas constitucionais em múltiplas dimensões, envolvendo um conjunto de ações institucionais, omissões e violações abrangentes e enraizadas. A inconstitucionalidade sistêmica, em certos cenários, pode ser entendida como o reconhecimento da existência de espaços vazios de constitucionalismo, aproximando-se as figuras do costume inconstitucional e da anomia⁷², porquanto não raro se estabelece com o apoio tácito das maiorias sociais.

Por fim, vale abordar quais seriam os meios processuais mais indicados para sanar as inconstitucionalidades sistêmicas. Em princípio, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é o meio processual indicado para provocar a jurisdição constitucional nas situações

71 Antes da promulgação da Emenda Constitucional, o STF já sinalizava por soluções conciliatórias, mediante a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, fixando prazo para que o Congresso Nacional disciplinasse a questão, de forma a prestigiar o princípio da segurança jurídica. Neste sentido, v. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.689. Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 10 mai. 2007, DJ 29 jun. 2007. Foi aprovado Projeto de Lei no Congresso Nacional a respeito do tema, porém este foi vetado pela Presidência da República. V. Mensagem de Veto nº 505/2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Msg/Vet/VET-505.htm>. Acesso em: 02 dez. 2015.

72 Nos dizeres de Giorgio Agamben, a anomia que resulta da suspensão do direito é o estado de exceção, isto é, um espaço vazio de direito. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p. 78-9.

em que esteja presente a inconstitucionalidade sistêmica, já que a lei que a disciplina prevê objeto de controle amplo, por fazer referência a *atos do poder público* (Lei nº 9.882/99, art. 1º). Foi através desse mecanismo processual que o STF reconheceu a tese do estado de coisas inconstitucional, no julgamento, ainda em curso, da ADPF nº 347. Como se trata de um tipo de inconstitucionalidade complexa, que escapa das tradicionais fórmulas mencionadas nas outras ações de controle concentrado e abstrato (que foram previstas a partir da dicotomia que opõe ação e omissão), o uso da ADPF seria o caminho mais natural sob o ângulo estratégico dos que recorrem ao STF.

Não deve ser descartada, de toda forma, a possibilidade de recebimento de outras ações de controle concentrado, em cenários nos quais a Corte julgue haver um estado de coisas inconstitucional ou inconstitucionalidade sistêmica, na esteira do entendimento de serem fungíveis as ações de controle abstrato de constitucionalidade⁷³ e considerando que, como se expôs, são cada vez mais indeterminadas as balizas que separam as variadas formas de inconstitucionalidade. Não se exclui também a hipótese de invocação dessa tese em processos subjetivos coletivos, tendo em vista os contornos amplos ou difusos que essas formas de inconstitucionalidade tendem a assumir. Neste caso, processualmente, deverá ser seguido o entendimento geral sobre o controle incidental de constitucionalidade em ações coletivas, que é a de que a arguição de inconstitucionalidade não configura o objeto da demanda, mas sim questão prejudicial⁷⁴.

V. ENCERRAMENTO

O alargamento da noção de inconstitucionalidade é resultado das progressivas transformações no constitucionalismo contemporâneo, que tornam esfumadas as fronteiras conceituais que outrora separavam, de forma esquemática, as noções de validade, eficácia jurídica e efetividade.

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade* nº 875. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 24 fev. 2010, DJe 30 abr. 2010: “É preciso reconhecer que, em nosso sistema abstrato de controle de constitucionalidade, deve existir uma natural fungibilidade entre os diversos tipos de ação”.

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Reclamação* nº 1.898. Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 10 jun. 2014, DJe 06 ago. 2014: “O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal”.

Essa reformulação aparece de forma mais manifesta e exacerbada em sociedades marcadamente desiguais e violentas, que convivem com inúmeras fraturas e zonas de exclusão do Estado de Direito.

É importante destacar, porém, que esse reconhecimento não pode ter como conseqüência um dirigismo jurisdicional, que converta o Poder Judiciário numa espécie de profeta do constitucionalismo. Do alargamento do conceito de inconstitucionalidade não decorre, logicamente, a ideia de que o Judiciário deve ser o protagonista na sua correção. Nesse sentido, as teorias dialógicas acerca do papel do Judiciário destacam, de forma acertada, a necessidade de encarar o processo de construção dos significados constitucionais de forma participativa e deliberativa, envolvendo todos os agentes públicos e sociais⁷⁵.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, v. 22, n. 66, pp. 13-64.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. Sanitation Rights, Public Law Litigation and Inequality: A Case Study from Brazil, *Health and Human Rights*, v. 16, n. 2, 2014, p. 35-46.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, 2005, p. 1-42.

75 Sobre o tema dos diálogos constitucionais, v. BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; MENDES, Conrado Hübner. *Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BAZAN, Víctor. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales: Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*. Bogotá: Konrad Adenauer, 2014.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao 'Estado de coisas inconstitucional'*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

CANDIDO, Antonio; CASTELLO, J. Aderaldo. *Presença da literatura brasileira: história e crítica*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?: a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GUERRA FILHO, Qillis Santiago; GRAU, Eros Roberto (Orgs.) *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 108-115.

CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRISAFULLI, Vezio. La Corte Costituzionale ha Vent'Anni. In: OCCHIOCUPO, Nicola. *La Corte Costituzionale tra Norma Giuridica e Realtà Sociale: Bilancio di vent'anni di attività*. Bologna: Il Mulino, 1978, 69-86.

_____. *Lezioni di diritto costituzionale*. Pádua: CEDAM, 1984.

DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et em Italie*. Paris: Economica, 1997.

FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice, *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, 1979, p. 1-58.

_____. The Allure of Individualism, *Iowa Law Review*, v. 78, n. 1, 1993, p. 965-979.

FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. *JOTA*, [S.l.], 17 nov. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/jota-mundo-importacao-de-ideias-constitucionais>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

FULLER, Lon. The Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, 1978, p. 353-409.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Technos, 2000.

HIRSCH, Danielle Elyce. A Defense of Structural Injunctive Remedies in South African Law, *Oregon Review of International Law*, v. 9, n. 1, 2007, p. 1-66.

HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, 2015, p. 1-40.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement, *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, 2012, p. 190-247.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARTÍNEZ, Julian Tole. La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación, *Cuestiones Constitucionales*, n. 15, 2006, p. 253-316.

MENDES, Conrado Hübner. *Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. A fiscalização da inconstitucionalidade por Omissão. *Revista Direito e Liberdade*, v. 14, n. 1, 2012, p. 11-46.

MORTATI, Costantino. Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore, *Il Foro Italiano*, v. 93, n. 9, 1970, p. 153-192.

NEFF, Emma C. From Equal Protection to the Right to Health: Social and Economic Rights, Public Law Litigation, and How an Old Framework Informs a New Generation of Advocacy, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, v. 43, n. 2, 2009, p. 151-181.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NINO, Carlos Santiago. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Argentina, n. 4, 1989, p. 79-88.

PAES, José Paulo. *A aventura literária: ensaios sobre ficção e ficções*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, estado de direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Iuris*, v. 08, 2015, p. 2079-2114.

_____. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PICARDI, Nicola. Le sentenze integrative della Corte costituzionale. In: PICARDI, Nicola et. al. *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, v. 4, Roma: Giuffrè, 1977, p. 597-634.

PINARDI, Roberto. *L'Horror Vacui Nel Giudizio Sulle Leggi*: Prassi e Tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo Scopo di ovviare all'inerzia del legislatore. Milão: Giuffrè, 2007.

RODRÍGUEZ, José Julio Fernández. Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *En busca de las normas ausentes*: Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 1-48.

RUIZ, Maria Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 8, 1991, p. 169-194.

SANTOS, João Paulo de Aguiar. *Omissões Legislativas Inconstitucionais*: reflexões acerca do seu delineamento teórico e da legitimidade democrática do seu controle. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 73-113.

SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios Constitucionales*, año 7, n. 2, 2009, p. 13-69.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de Legislar e Protecção Jurisdiccional Contra Omissões Legislativas*: contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della Corte Costituzionale, *Giurisprudenza Costituzionale*, v. XXVI, n. 8, 1981, p. 1684-1721.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rev. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universtária, 1991.

UPRIMNY, Rodrigo. Vergüenza y esperanza. *El Espectador*, [S.l], 19 set. 2015. Disponível em: <<http://www.elespectador.com/opinion/vergueenza-y-esperanza>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

VILLAVERDE, Ignacio. La Inconstitucionalidad por omisión – un nuevo reto para la justicia constitucional. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *En busca de las normas ausentes: Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. Cidade do México: Universidad Nacional Autonoma de México, 2014, p. 49-73.

ZAGREBESY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: il Mulino, 2012.