



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Carlos Alexandre de Azevedo Campos

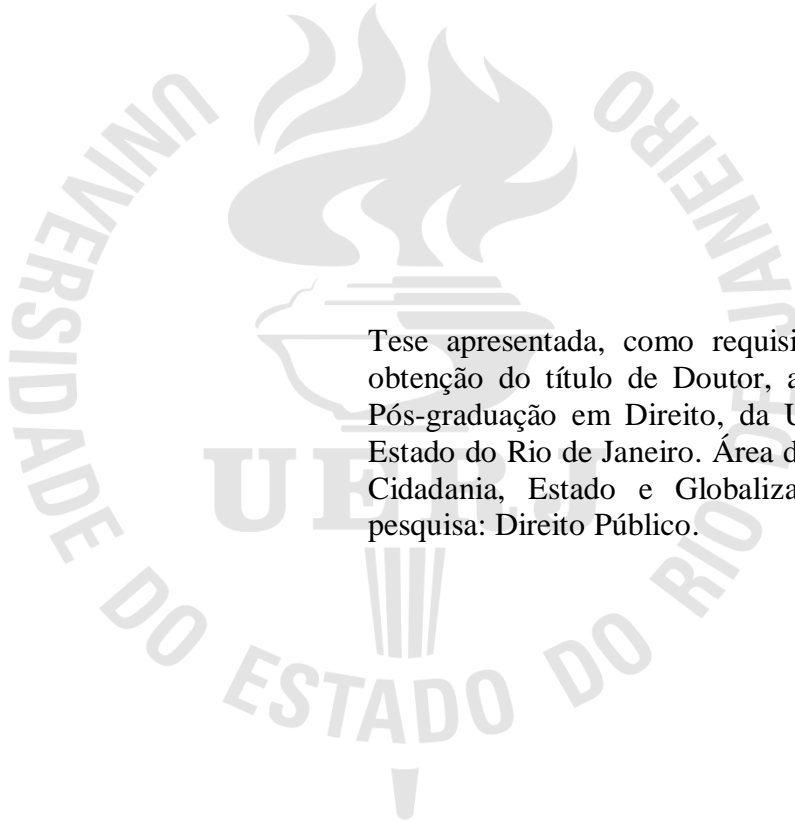
**Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas
inconstitucional”**

Rio de Janeiro

2015

Carlos Alexandre de Azevedo Campos

Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmiento

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C198i Campos, Carlos Alexandre de Azevedo.

Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas
inconstitucional” / Carlos Alexandre de Azevedo Campos. – 2015.
248 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmiento.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito.

1. Direito público – Teses. 2. Controle da constitucionalidade – Teses. 3.
Direito constitucional – Teses. 4. Poder legislativo – Teses. 5. Direitos
fundamentais – Teses. I. Sarmiento, Daniel Antonio de Moraes. II.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Carlos Alexandre de Azevedo Campos

Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 20 de março de 2015.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmiento (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Ayres Britto
Centro Universitário de Brasília

Prof. Dr. Eduardo Bastos Furtado de Mendonça
Centro Universitário de Brasília

Rio de Janeiro

2015

DEDICATÓRIA

Ao meu pai, Ricardo Quitete de Campos, sempre.

AGRADECIMENTOS

A Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o Diretor da Pós-Graduação, Professor Doutor Ricardo Lodi e a Sra. Sônia Leitão, merecem toda minha gratidão por terem oportunizado uma estrutura fantástica para o aprendizado que tive durante o curso.

Sou muito grato também pela oportunidade única que tive de participar das aulas de professores como Gustavo Binembojm, Jane Reis e Gustavo Gama.

Devo agradecimento todo especial ao Professor Daniel Sarmento, meu orientador. A atenção que ele reservou para mim, a generosidade e a entrega acadêmica foram determinantes para a confecção deste trabalho.

Não posso deixar de agradecer o apoio dos meus amigos do Gabinete do Ministro Marco Aurélio, do Supremo, e que estão presentes no dia a dia comigo na capital federal. Vou omitir nomes para não cometer injustiças.

À minha família, devo tudo. Aos meus avós, Alexandre e Lourdes, Carlos e Neusa, os três primeiros já no plano espiritual, que me ensinaram e ainda me ensinam tudo sobre o amor e o carinho. Minha avó Neusa nos encherá de alegria por muitos anos ainda. Aos meus tios e primos, principalmente minha tia-madrinha Lícia, que sempre foram como pais e irmãos para mim. Aos meus irmãos, Karina e André que, juntos, somos um só, cada um à sua maneira.

Ao meu pai Ricardo, que nunca será esquecido. Foi o homem mais honrado que conheci e me ensinou tudo o que sei sobre honestidade, o valor do trabalho e da família. Sua presença faz uma falta que não se mede e palavra nenhuma descreve. À minha mãe, Tânia, cuja importância em minha vida também não se descreve em palavras. Sempre me encheu de amor e de lições sobre o amor à família e aos amigos. Se meu pai me forjou o caráter, minha mãe alimentou meu espírito com sua bondade e carinho infinito.

À minha amada esposa, Ana Lúcia, eu devo não só gratidão, mas desculpas. Privei-a de companhia, de carinho e de amor durante os momentos mais *tensos* da elaboração da tese. Apesar disso, ela nunca deixou de ser compreensiva, dedicada e carinhosa. Nos momentos verdadeiramente difíceis, a certeza de nosso amor e seu principal fruto, Ana Luiza, nossa linda filha, foram decisivos para que eu seguisse sempre firme.

A Deus, sempre.

Se quiseres conhecer a situação socioeconômica do país
visite os porões de seus presídios.

Nelson Mandela

RESUMO

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”**. 2015. 248 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

A omissão inconstitucional é um tema desafiador. Este trabalho é dedicado a revisar os pressupostos de sua configuração, buscando explicar a possibilidade de a omissão implicar um estado de coisas inconstitucional. Presente violação massiva de direitos fundamentais decorrente de omissões caracterizadas como falhas estruturais, a Corte Constitucional colombiana declara a vigência de um estado de coisas inconstitucional. Ao assim decidir, a Corte passa a adotar remédios estruturais dirigidos a superar esse quadro negativo. Defendo aqui essa proposta como uma possibilidade para o Brasil e a atuação do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, sem dúvida, de exemplo de ativismo judicial em sua dimensão estrutural. Todavia, esse comportamento judicial pode ser legítimo se presentes os pressupostos próprios do estado de coisas inconstitucional e o Tribunal formular decisões flexíveis, determinando a formulação e implementação de políticas públicas, mas deixando aos poderes políticos a tarefa de definir o conteúdo e os meios dessas políticas. O sistema carcerário brasileiro é exemplo de um estado de coisas inconstitucional que requer intervenção judicial da espécie.

Palavras-chave: Omissão inconstitucional. “Estado de coisas inconstitucional”. Ativismo judicial estrutural. Diálogos institucionais. Sistema carcerário brasileiro.

ABSTRACT

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **From the unconstitutionality by omission to the “unconstitutiontional state of affairs”**. 2015. 248 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

The unconstitutional omission is a challenging subject. This research is intended to review the assumptions of its configuration, trying to explain how omission can become an “unconstitutiontional state of affairs”. If there is massive violation of human rights resulting from omissions typified like structural failures, the Colombian Constitutional Court declares an unconstitutional state of affairs. When does it, the Court embraces structural remedies towards to overcome the negative picture. I defend here this technical like a possibility for Brazil and *Supremo Tribunal Federal*. That’s an example of judicial activism in its structural dimension. However, this judicial attitude can be legitimate if involved the unconstitutional state of affairs’ assumptions and the Tribunal makes flexible decisions, ordering be created and implemented public policy, but allowing politic powers to shape the policies. Brazilian prison system is an example of unconstitutional state of affairs requests judicial intervention like this.

Keywords: Unconstitutional omission. “Unconstitutiontional state of affairs”. Structural judicial activism. Institutional dialogues. Brazilian prison system.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL – A VISÃO TRADICIONAL DA DOUTRINA BRASILEIRA E A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF	23
1.1 A relevância da inconstitucionalidade por omissão legislativa	23
1.2 Conceito e pressupostos da omissão legislativa inconstitucional	25
1.3 Espécies de omissão legislativa inconstitucional	28
1.4 A concepção tradicional da doutrina brasileira	29
1.5 A evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	36
1.6 A evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	39
1.6.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	41
1.6.2 Mandado de Injunção	44
1.6.3 O controle judicial da omissão legislativa relativa	49
1.7 Os limites da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	52
2 OS EQUÍVOCOS E INSUFICIÊNCIAS DA DOUTRINA TRADICIONAL BRASILEIRA – A TUTELA DEFICIENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO OMISSÃO INCONSTITUCIONAL	55
2.1 A necessidade de revisão da concepção tradicional	55
2.2 A questão é de atuação da <i>norma</i> constitucional, não de estrutura dos <i>enunciados normativos</i>	56
2.3 O problema é de <i>efetividade</i> de direitos fundamentais, não de <i>eficácia jurídico- formal</i> dos dispositivos constitucionais	61
2.4 O escopo é a concretização da Constituição como um todo, não de preceitos constitucionais particulares	66
2.5 Consequências político-institucionais dramáticas	68
2.6 Um novo olhar: a tutela legislativa insuficiente de direitos fundamentais como omissão legislativa inconstitucional	70
2.6.1 Direitos fundamentais em sua dimensão objetiva e deveres de proteção	71

2.6.2	<u>Princípio da proporcionalidade e proibição da proteção insuficiente de direitos fundamentais</u>	77
2.7	A questão das falhas estruturais: a inconstitucionalidade por omissão revisitada e ampliada	84
3	DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL AO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”	87
3.1	Apresentando o “estado de coisas inconstitucional”	87
3.2	Evolução da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana em torno do “estado de coisas inconstitucional”	90
3.2.1	<u>Uma visão geral da jurisprudência ativista da Corte Constitucional colombiana</u>	91
3.2.1.1	O controle das práticas políticas e das ações dos Poderes Executivo e Legislativo ..	92
3.2.1.1.1	O controle judicial das declarações de estado de exceção.....	92
3.2.1.1.2	O controle de constitucionalidade da reeleição presidencial	94
3.2.1.2	A promoção dos direitos fundamentais, sociais e econômicos	97
3.2.1.2.1	O caso dos devedores hipotecários.....	99
3.2.1.2.2	O reconhecimento judicial dos direitos dos homossexuais	102
3.2.2	<u>As decisões sobre o “estado de coisas inconstitucional”</u>	107
3.2.2.1	O caso dos docentes municipais.....	108
3.2.2.2	O direito de petição dos aposentados e a ineficiência administrativa	111
3.2.2.3	O caso do sistema carcerário colombiano	113
3.2.2.4	O caso da não convocação de concurso público para notários	117
3.2.2.5	O caso dos defensores de direitos humanos	119
3.2.2.6	A mora no pagamento das verbas de aposentadoria	120
3.2.2.7	O caso do deslocamento forçado.....	123
3.3	A omissão inconstitucional e os pressupostos do “estado de coisas inconstitucional”	129
3.4	Os “remédios estruturais” e a supervisão judicial	133
3.5	Os efeitos das decisões	135

3.6	O “estado de coisas inconstitucional” no contexto político-democrático	138
4	ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS	140
4.1	Os termos do debate	140
4.2	As objeções de ordens democrática e institucional.....	141
4.2.1	<u>As objeções de ordem democrática</u>	<u>142</u>
4.2.1.1	A proposta <i>thayeriana</i> : a pedra fundamental da deferência judicial.....	143
4.2.1.2	O valor fundamental do autogoverno popular	145
4.2.1.3	Constitucionalismo popular v. supremacia judicial	149
4.2.2	<u>As objeções de ordem institucional.....</u>	<u>154</u>
4.2.3	<u>Os limites às objeções</u>	<u>157</u>
4.3	Ativismo judicial: conceito e dimensões	158
4.3.1	<u>O problema da indefinição conceitual</u>	<u>158</u>
4.3.2	<u>Características do ativismo judicial.....</u>	<u>160</u>
4.3.2.1	O núcleo comportamental do ativismo judicial	160
4.3.2.2	O <i>espaçonobre</i> do ativismo judicial: questões políticas e morais complexas	161
4.3.2.3	Ativismo judicial e judicialização da política: as Cortes como atores políticos	161
4.3.2.4	Postura institucional e correção das decisões judiciais	162
4.3.2.5	Ativismo judicial e legitimidade	163
4.3.2.6	O ativismo judicial é algo predominantemente qualitativo	165
4.3.2.7	O caráter dinâmico e contextual do ativismo judicial	166
4.3.2.8	A diversidade dos fatores do ativismo judicial	167
4.3.2.9	A multidimensionalidade do ativismo judicial	168
4.3.3	<u>O conceito de ativismo judicial.....</u>	<u>168</u>
4.3.4	<u>Dimensões do ativismo judicial</u>	<u>169</u>
4.3.4.1	Dimensão metodológica	170
4.3.4.2	Dimensão processual.....	171
4.3.4.3	Dimensão estrutural.....	172

4.3.4.4	Dimensão de direitos	174
4.3.4.5	Dimensão antidialógica	175
4.4	A resposta dialógica	176
4.4.1	<u>Os diálogos institucionais no Canadá</u>	179
4.4.2	<u>Os diálogos institucionais na África do Sul</u>	183
4.4.3	<u>Os diálogos institucionais e o Supremo Tribunal Federal</u>	186
4.5	A legitimidade do ativismo judicial estrutural dialógico	191
4.5.1	<u>Superando bloqueios políticos</u>	192
4.5.2	<u>Superando bloqueios institucionais</u>	194
4.5.3	<u>Aumentando a participação popular</u>	195
4.5.4	<u>Evitando a supremacia judicial</u>	196
4.6	Uma construção teórica para o Brasil?	200
5	UMA AGENDA PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL RELATIVO AO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	201
5.1	O estado de coisas inconstitucional como possibilidade para o Brasil	201
5.1.1	<u>Requisitos institucionais</u>	202
5.1.2	<u>Requisitos políticos</u>	207
5.2	O vergonhoso sistema carcerário brasileiro	208
5.3	A configuração do estado de coisas inconstitucional	211
5.4	A intervenção possível do Supremo Tribunal Federal	220
5.5	Conclusão	222
	PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS	224
	REFERÊNCIAS	237

INTRODUÇÃO

Problematizando a omissão inconstitucional

A omissão inconstitucional é tema sujeito a muitas perguntas e a espera de muitas respostas. O foco principal recai sobre as omissões do legislador. Normalmente, as omissões legislativas, acusadas inconstitucionais, são vinculadas a disposições constitucionais ditas “não-autoaplicáveis”,¹ nas quais consta expresso e inequívoco dever de legislar: foi assim no caso do direito de greve dos servidores públicos (artigo 37, inciso VII); e no caso do gozo do aviso prévio proporcional ao tempo de trabalho (artigo 7º, inciso XXI). Em ambos, sem as leis exigidas, os direitos não puderam ser exercidos. No entanto, fica a pergunta: a omissão legislativa, cujo vício de inconstitucionalidade justifica a intervenção do Supremo Tribunal Federal, deve ser reconhecida apenas se não cumprido um *dever de legislar* veiculado expressa e concretamente em enunciados normativos específicos e não-autoaplicáveis? A corrente doutrinária mais tradicional diz que sim. Esta tese, em um primeiro momento, busca demonstrar o equívoco dessa noção, a sua insuficiência para a garantia dos direitos fundamentais.

Além do mais, a doutrina tradicional costuma tratar as omissões inconstitucionais de forma estanque, com foco exclusivo ou sobre a omissão do tipo legislativo, ou em relação à omissão administrativa. Tal visão ignora que a falta de atuação das normas constitucionais possa ser decorrente da falha de coordenação entre órgãos e entidades estatais. Existe lei e há ações administrativas voltadas a aplicá-la. Contudo, há um quadro de deficiência de políticas públicas, de distanciamento entre previsão e concretização normativa, de modo a implicar a realização incompleta do que previsto na Constituição. Aqui surge a noção de “falhas estruturais” como causadoras de violações de direitos: não obstante a evidente ausência de coordenação de medidas, tanto legislador quanto administrador assistem passivamente o quadro de transgressões a direitos, revelando-se incapazes ou impedidos de transformar a situação. Esta tese defende que tanto a visão restritiva das hipóteses de configuração da omissão legislativa inconstitucional, como esta forma estanque e incomunicável de entender a omissão inconstitucional são irreais quando presente um “estado de coisas inconstitucional”.

As questões suscitadas acima podem ser melhor compreendidas por meio da oposição entre casos de não cumprimento de *ordens constitucionais expressas de legislar* e hipóteses

¹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000 (a 1ª edição é de 1967), p. 88 et seq.

de *proteção deficiente de direitos fundamentais* onde ausentes ordens expressas e específicas: há diferença substancial, no que se refere à omissão inconstitucional, entre a falta de lei regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos civis e a carência ou deficiência de políticas públicas voltadas para a melhoria do sistema carcerário de modo a assegurar aos presos o respeito à sua integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição)? Entre a falta de definição, por lei, dos critérios de cálculo para o aviso prévio proporcional e a ausência ou a insuficiência da criminalização da violência motivada por discriminação à opção sexual dos indivíduos (art. 5º, XLI, CF/88)?

Outras comparações podem ser feitas e, igualmente, exporão que as diferenças podem ser de espécie e até de grau, mas não de gênero. Em ambos os grupos de casos, há falta ou deficiência da atuação concreta de uma norma constitucional e a consequente inefetividade de um direito constitucional por inércia ou ineficiência estatal. Como se dá com o nosso sistema carcerário, a inércia pode chegar, inclusive, a produzir um “estado de coisas inconstitucional”.² Se não há diferença de gênero, um primeiro ponto pode ser fixado: deve-se proceder à revisão da noção tradicional sobre omissão inconstitucional, afastando-se, primeiro, a identificação da omissão legislativa limitada aos casos específicos de não cumprimento de enunciados constitucionais “não-autoaplicáveis” e ordens constitucionais expressas do dever de legislar e, em segundo, ampliando as hipóteses de inconstitucionalidade por omissão para alcançar os casos decorrentes de falhas estruturais. Assim, será possível alcançar outros casos de inconstitucionalidade, igualmente, prejudiciais à realização do projeto constitucional.

O segundo ponto diz com a primeira parte da sentença acima sublinhada: se há uma diferença de grau entre esses diferentes casos do mesmo gênero, quais são as implicações dessa diferença? Quais as consequências normativas em assumir sua existência? Estamos certos que essa diferença, que se refere, no tocante à omissão legislativa, à intensidade da vinculação do legislador tanto em relação ao momento quanto ao conteúdo do ato legislativo, que decorre muito mais da natureza dos direitos a serem protegidos do que da estrutura semântica dos enunciados constitucionais correspondentes, tem implicações sobre como deve se comportar o Poder Judiciário, principalmente, o Supremo Tribunal Federal, na correção das omissões. Deste ponto, me ocupo no penúltimo capítulo desta tese, enfatizando a necessidade de o Tribunal buscar a solução em conjunto com os poderes políticos legitimados pelo voto popular, sempre provocando que esses poderes tornem-se dispostos a dialogar. Contudo,

² O ponto será desenvolvido no Capítulo V.

quanto mais grave o estado de inconstitucionalidade e persistente a inércia, maior deverá ser a intervenção judicial.

Propósitos da tese

A inconstitucionalidade por omissão legislativa – o descumprimento de um “dever constitucional de legislar” – talvez seja “um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, fascinantes temas do Direito Constitucional de nosso tempo”.³ No Brasil, com o advento da Constituição de 1988,⁴ a doutrina passou a se preocupar com a definição, a caracterização e com os remédios.⁵ Refletindo sobre o dever de legislar quando configurado expressamente em enunciados constitucionais específicos e de eficácia normativa limitada, grande parte dos autores nacionais propôs a superação da omissão do legislador diretamente pelo Supremo, o qual deveria formular, a partir do sistema de regas e princípios vigente, as normas faltantes. A própria Corte frustrou essa parcela da doutrina, recusando-se, durante mais de quinze anos, a suprir por conta própria as lacunas legislativas, permitindo-se apenas declarar a mora e notificar o Parlamento para o cumprimento da obrigação de legislar.⁶ Tal postura do Supremo tornou o tema ainda mais tormentoso e fascinante.

O Supremo alterou radicalmente sua posição apenas em 2007, quando do julgamento dos festejados Mandados de Injunção n.ºs 670, 708 e 712.⁷ Nesses casos, discutiu-se a regulamentação do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, previsto no art. 37, VII, da Constituição de 1988, acima mencionado. Esse dispositivo constitucional reconhece o direito de greve apenas “nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Decorridos quase vinte anos de vigência da Carta, a lei específica ainda não havia sido produzida. O Supremo, em diversas oportunidades, já havia enfrentado a matéria, tendo reconhecido a mora legislativa, mas se recusado a corrigir o vácuo legal, limitando-se a dar

³ SEGADO, Franciso. **La Justicia Constitucional. Una Visión de Derecho Comparado**. Tomo I. Madrid: Dickinson, 2009, p. 563.

⁴ Artigos 5º, inciso LXXI e 103, §2º.

⁵ Cf., entre outros, CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 1995, p. 209-262; PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão e Mandado de Injunção**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003 (a 1ª edição é de 1995).

⁶ Cf. STF – Pleno, MI – QO 107, Rel. Min. Moreira Alves, j. 23/11/1989, DJU 02/08/1991; STF – Pleno, MI 232. Rel. Min. Moreira Alves, j. 02/08/1991, DJ 27/03/1992.

⁷ STF – Pleno. MI 670-9/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Relator p/ ac. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ 30/10/2008; STF – Pleno. MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ 30/10/2008; STF – Pleno. MI 712-8/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJ 30/10/2008.

ciência ao Poder Legislativo para que este produzisse a lei.⁸ Passados mais de dez anos dessas primeiras decisões judiciais, o Congresso Nacional ainda permanecia inerte, provocando insegurança e prejuízos à população, haja vista a ausência de regramento do direito de greve dos funcionários públicos civis ter colocado em risco a continuidade de serviços públicos essenciais.

O ponto alto dessa insegurança foi a greve dos controladores de voo no final do mês de março do ano de 2007. Naquele estágio de coisas e consequências, não se poderia mais justificar nem mesmo a inércia do próprio Supremo.⁹ Assim, a Corte decidiu formular diretamente a norma faltante exigida pelo artigo 37, inciso VII, mandando aplicar, por analogia e com eficácia *erga omnes*, em favor dos servidores públicos civis, a legislação do direito de greve do setor privado – a Lei 7.783/89 –, observadas as particularidades dos serviços públicos essenciais. O avanço da Corte se mostrou ainda mais saliente na atitude de decidir com eficácia geral, não se limitando em apenas resolver os casos em mãos. O Supremo abandonou a passividade tradicional no controle da omissão legislativa para passar a julgar para além do caso concreto em sede de mandado de injunção.¹⁰

Contudo, longe de congelar o debate, a festejada guinada jurisprudencial¹¹ abriu portas para novos desafios em torno do tema. Com efeito, essas transformações não devem ser tidas como restritas à esfera de atuação da Corte e isso porque elas podem alcançar a dinâmica do sistema político como um todo – o “receio”, por parte do Congresso, de uma postura mais ativista do Supremo na correção das omissões legislativas pode se mostrar um forte incentivo para que os parlamentares saiam do estado de inércia e passem a deliberar sobre as matérias judicialmente questionadas. O recente caso do aviso prévio proporcional, também citado acima, é um exemplo de destaque que prova a possibilidade dessa *consequência dialógica*. O caso demonstra que a atuação do Supremo pode ser um catalisador de debates e ações na sociedade e no sistema político, inclusive invertendo o ônus da inércia política em casos altamente polêmicos, cujo tratamento envolve custos políticos.

⁸ Entre outros, cf. STF – Pleno, MI 438, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 11/11/1994, DJ 16/06/1995; STF – Pleno, MI 585, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 15/05/2002, DJ 02/08/2002; STF – Pleno, MI 485, j. 25/04/2002, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23/08/2002.

⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional. **Direito Público** Ano VIII, nº 42, Nov-Dez 2011, p. 63-64.

¹⁰ Criticando esse outro extremo de postura, cf. HAGE, Jorge. Controle judicial sobre as omissões normativas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do (org.). **A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.374-1.375: os autores falam em “viragem da jurisprudência”. Para um “juízo mais que positivo” da doutrina estrangeira, em que o autor chega mesmo a falar em “notável giro” da jurisprudência do STF em relação ao tema, cf. SEGADO, Francisco. **La Justicia Constitucional. Una Visión de Derecho Comparado**. Op. cit., p. 1.092-1.098.

Em 22 de junho de 2011, os ministros do Supremo, em julgamento apenas iniciado, demonstraram forte disposição para disciplinar diretamente os critérios para o cálculo do aviso prévio proporcional, haja vista a falta de regulamentação da matéria em lei ordinária, expressamente exigida pelo art. 7º, XXI, da Constituição.¹² Àquela altura, dentre outros, havia no Congresso o Projeto de Lei nº 3.941, que tramitava desde 1989 e que se encontrava paralisado desde 14 de setembro de 1995, isto é, há quase dezesseis anos! Contudo, em 5 de julho, poucos dias depois da manifestação inicial do Supremo, o referido projeto de lei voltou a ser discutido e, antes de os ministros retomarem o julgamento, ele foi transformado em lei, publicada em 13 de outubro, seguinte, sob o nº 12.506. Pouca dúvida pode restar: não fosse a manifestação dos ministros, mesmo que apenas inicial, no sentido de criar por si só a regra faltante, a inércia parlamentar talvez persistisse ainda hoje.

Esse caso serve para mostrar que o controle da omissão legislativa inconstitucional, considerado o comportamento do poder político anterior e posteriormente às decisões judiciais, possui muito mais nuances do que as poucas enxergadas por aqueles que o pensam apenas sob o ângulo da atuação mais, menos ou nada legítima do Supremo. O viés juriscêntrico da discussão onera a compreensão dos problemas e a busca por soluções. Tendo em conta essas outras nuances, que transcendem ao exame da atuação do Supremo, o debate deve ser ampliado para alcançar a perspectiva contemporânea dos diálogos institucionais. Ele deve alcançar as possíveis interações entre o Supremo, o Legislativo e o Executivo em torno da superação das omissões legislativas inconstitucionais como um processo dialógico¹³ – às vezes, de caráter coordenado,¹⁴ outras vezes, estratégico¹⁵ – entre esses poderes. A abordagem dialógica do controle judicial da omissão inconstitucional é uma das duas propostas desta tese.

¹² STF – Pleno, MI 1.010/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, sessão de 22/06/2011 (Inf. STF nº 632).

¹³ Em mais uma *etapa do diálogo* em torno desse caso específico, o STF decidiu, em 06 de fevereiro deste ano, por unanimidade de votos, que a regra sobre o pagamento de aviso prévio, estabelecida pela Lei 12.506/2011, deve ser aplicada aos casos em andamento na Corte, máxime aos mandados de injunção propostos antes da edição da lei e ainda em trâmite. Cf. MIs 943, 1.010, 1.074 e 1.090.

¹⁴ Para a interpretação constitucional como um diálogo coordenado entre os poderes, cf. FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

¹⁵ A perspectiva estratégica insere-se em um movimento acadêmico mais amplo da Ciência Política empírica – *neoinstitucionalismo* – cujas variações, quando debruçadas sobre o comportamento judicial, compartilham o entendimento comum de que uma “compreensão abrangente das cortes também requer atenção às dinâmicas políticas que moldam seu desenho e sua autoridade, definindo seu papel no mais amplo sistema político” (GINSBURG, Tom; KAGAN, Robert. A. Introduction: Institutional Approaches to Courts as Political Actors. In: _____. (Ed.) **Institutions & Public Law. Comparative Approaches**. New York: Peter Lang, 2005, p. 2). Cf. BAUM, Lawrence. **The Puzzle of Judicial Behavior**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington: CQ Press, 1998; MAVEETY, Nancy. (Ed.) **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2006.

A outra proposta, que inclusive antecede estruturalmente à destacada acima, é ampliar o alcance da omissão inconstitucional em função de seus aspectos mais elementares – lançar novas luzes sobre a própria identificação do fenômeno. O primeiro passo é revisitar a visão tradicional acerca da configuração da omissão legislativa inconstitucional, reavaliando seus pressupostos.¹⁶ Nos exemplos acima apontados, as omissões parlamentares inconstitucionais foram identificadas em razão de enunciados constitucionais específicos, tradicionalmente classificados como sendo de eficácia normativa limitada. São dispositivos que reivindicam, expressamente, a tarefa legislativa integradora – ordens constitucionais expressas e conclusivas, destinadas ao legislador, exigindo-lhe uma atuação normativa textualmente imprescindível: ordens do tipo “nos termos da lei” ou “nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Nossa dogmática, excessivamente formalista, desenvolveu-se como se apenas essas hipóteses governassem o debate. Todavia, o tema é bem mais rico do que o reducionismo semântico-estrutural oferece.

Mais do que abordagens formalistas, focadas apenas em critérios textuais, semântico-estruturais, a preocupação com a atuação da Constituição deve “envolver também considerações substantivas e morais”.¹⁷ Com efeito, não é que a estrutura dos enunciados normativos constitucionais e sua heterogênea tipologia não tenham algum papel a cumprir para a identificação da omissão legislativa inconstitucional. A crítica é não poderem ser esses elementos os únicos nem mesmo os mais relevantes critérios. É necessária, mesmo irrenunciável, atenção maior a critérios de ordem material, isso porque os direitos fundamentais, para deixarem de ser “direitos de papel”, necessitam de proteção e promoção estatal, máxime a legislativa, independentemente de como foram configurados os enunciados constitucionais correspondentes, inclusive se, semanticamente, foram classificados como normas constitucionais autoaplicáveis.

A omissão estatal não viola, simplesmente, um enunciado normativo constitucional, e sim impede a atuação concreta da norma constitucional correspondente e do direito fundamental veiculado e isso, sem embargo algum, critérios puramente formais não permitem seja adequadamente alcançado. A doutrina tradicional, em atrelar a omissão legislativa inconstitucional apenas aos casos de descumprimento de enunciados constitucionais

¹⁶ As linhas gerais desse propósito foram pensadas pelo Professor Doutor Daniel Sarmiento, orientador desta tese de doutorado, quando de artigo que elaboramos em conjunto, pendente de publicação. Foram por ele pensadas e fixadas as três primeiras premissas da revisão teórica da configuração da omissão legislativa inconstitucional, a seguir apontadas, que foram por mim desenvolvidas no aludido texto e, com a sua concordância, também nesta tese.

¹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 370.

específicos, de eficácia normativa limitada e que contêm ordens expressas de atuação do legislador, acaba prejudicando a compreensão adequada do fenômeno. Essa postura da doutrina:

- (i) possui vícios cognitivos e metodológicos – sua atenção é devotada à estrutura dos enunciados normativos, enquanto deveria ser à atuação concreta da norma constitucional;
- (ii) peca pelo excesso de formalismo – em sua caracterização da omissão legislativa inconstitucional, a dogmática tradicional prestigia a eficácia formal dos dispositivos constitucionais em detrimento da necessária efetividade dos direitos fundamentais;
- (iii) promove um alcance restrito de atuação da Constituição – é míope à imperatividade de realizar o projeto constitucional como um todo;
- (iv) acaba cimentando bases normativas equivocadas com consequências político-institucionais dramáticas – lança o Parlamento e o Supremo a uma relação meramente adversarial, do tipo *tudo ou nada*.

Essas insuficiências da doutrina tradicional serão questionadas e revisadas na presente tese (Capítulo II). Negando a primazia da abordagem semântico-estrutural, busco atacar a visão tradicional da omissão legislativa inconstitucional em dois pontos essenciais:

- (i) primeiro, em demonstrar a falácia da afirmação comum de estarmos diante de fenômeno atrelado exclusivamente às chamadas normas constitucionais de eficácia limitada, defendendo a possibilidade de ocorrência da omissão, inclusive, diante de normas constitucionais consideradas formalmente autoaplicáveis;
- (ii) segundo, em negar o vínculo necessário entre o “dever constitucional de legislar”, cujo inadimplemento é pressuposto necessário da omissão legislativa inconstitucional, e sua formulação expressa e inequívoca em um enunciado normativo constitucional específico, defendendo decorrer essa obrigação, antes e acima de tudo, do dever objetivo do Estado em proteger e assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, notadamente, por meio da atividade legislativa, independentemente de estar envolvida norma constitucional autoaplicável ou de eficácia limitada.

O dever constitucional de legislar, como pressuposto necessário da omissão legislativa inconstitucional, passa a configura-se como um dever de proteção suficiente dos direitos e liberdades fundamentais, tutelável e exigível pela jurisdição constitucional independentemente da estrutura do enunciado constitucional correspondente. A atuação

judicial, ante a inércia legislativa, não mais se limitaria à determinada espécie de preceito constitucional, mas se justificaria ante um quadro real e atual de tutela estatal deficiente de direitos fundamentais.

Revisados os pressupostos da omissão legislativa inconstitucional, o segundo passo é combater a visão tradicional da inconstitucionalidade por omissão como sendo algo definido por exclusão: ou é omissão legislativa, ou é administrativa. Esta tese trabalha a ideia de a omissão inconstitucional poder decorrer da falha de coordenação entre Legislativo e Executivo a implicar deficiências na consecução de políticas públicas. Muitas vezes, há lei e iniciativas administrativas para cumprimento dos comandos legais em favor da realização de direitos constitucionais, porém, o resultado é pífio, revelando-se a insuficiência na proteção estatal. A omissão não seria tanto por conta da falta de lei, e sim da ausência de estrutura apta a tornar realidade os comandos legais. Tal situação, em muitos casos, apresenta-se insistente, não demonstrando nem Legislativo nem Executivo capacidade institucional e disposição política para revertê-la. A omissão, implicando proteção deficiente de direitos fundamentais, se caracteriza como um quadro permanente de falhas estruturais.

Esse quadro negativo pode apresentar-se extremo a legitimar medidas drásticas. Configurada uma realidade de massiva e sistemática violação de direitos fundamentais, decorrente da deficiência institucional e estrutural do Estado ou de bloqueios políticos, passa-se **“da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional”**. O ponto mais relevante desta tese é apresentar o instrumento teórico do “estado de coisas inconstitucional”, importado da Corte Constitucional colombiana, como uma possibilidade de enfrentamento de omissões estatais, estruturais, que impliquem não apenas a falta de efetividade dos direitos fundamentais, mas sim um quadro de violação massiva desses direitos. Como desenvolvido no Capítulo III, o estado de coisas inconstitucional consiste em situação extrema de omissão estatal, configurada como “falhas estruturais”. Essas falhas nada têm a ver com dispositivos constitucionais específicos ou ordens expressas de legislar, e sim com a omissão ou ineficiência do aparato estatal que resulta na proteção deficiente de direitos fundamentais e ameaça a falência do projeto constitucional.

Para que se possa reconhecer o valor e a possibilidade normativa do estado de coisas inconstitucional, é necessário ampliar os horizontes de identificação e avaliação da omissão legislativa inconstitucional para além de concepções puramente formais, atreladas à eficácia formal dos dispositivos constitucionais, e as condições de possibilidade da omissão inconstitucional como decorrência de falhas estruturais. Em suma, é necessário vincular a configuração da omissão inconstitucional à falta de realização concreta dos direitos

fundamentais. No caso do estado de coisas inconstitucional, falhas estruturais geram e agravam violação massiva e contínua de direitos fundamentais de diferentes espécies e matrizes constitucionais. Nesses casos, cortes atuam para proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Tomam decisões voltadas a “conduzir” o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais.

Tal realidade autorizaria uma “intervenção estrutural” do Poder Judiciário, máxime de cortes constitucionais, sobre políticas públicas e alocação de recursos econômicos.¹⁸ O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial. A omissão dos poderes, inclusive a inércia legislativa, acaba promovendo e agravando graves violações a direitos fundamentais o que requer, segundo desenvolvo no Capítulo IV, o ativismo judicial estrutural.

A proposta de ampliar o campo de incidência e de tutela judicial da omissão inconstitucional, ao promover a revisão teórica de seus pressupostos de configuração até chegar ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, levanta inequívoca suspeita de favorecimento ao ativismo judicial. Não se pode, nem se deve esconder isso. Para evitar disfunções institucionais decorrentes do risco de supremacia judicial, é necessário que os dois propósitos desta tese se encontrem: além de ampliar os pressupostos da omissão inconstitucional, incluída a legislativa, deve a atuação do Supremo ser marcada por um viés dialógico. A ideia é assegurar a proteção mais abrangente possível aos direitos fundamentais, mormente se presente um estado de coisas inconstitucional, mas sem unilateralismos decisórios. Desse modo, seguirá uma proposta geral que procura, ao mesmo tempo, ampliar a proteção dos direitos fundamentais e garantir o equilíbrio institucional para essa tarefa, próprio de um governo democrático e de poderes constitucionalmente separados.

Essa união dos dois propósitos resulta no que denomino, no final do Capítulo IV, de “**ativismo judicial estrutural dialógico**”. Para ser legítimo, o ativismo judicial deve ser dialógico. A superação do estado de coisas inconstitucional, pelo fato de este decorrer de falhas estruturais, apenas é possível por meio de “remédios estruturais”, dirigidos a um número abrangente de atores políticos e buscando coordenar as ações dessas autoridades na

¹⁸ ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 129.

tarefa de assegurar a proteção eficiente de direitos. Para serem dialógicos, esses remédios estruturais, no entanto, devem ser caracterizados como ordens flexíveis, que fixem objetivos a serem alcançados sem excluir os espaços próprios de deliberação política e técnica dos outros poderes sobre os meios. Esta é a formulação definitiva da tese e que orientará a proposta de introdução do estado de coisas inconstitucional no Brasil.

No último Capítulo, descrevo e ataco o estado de coisas inconstitucional revelado no Brasil no caso do sistema presidiário. A superlotação carcerária, as condições desumanas e cruéis das instalações prisionais, o tratamento estatal dispensado aos presos como verdadeiro “lixo humano”, aos quais é negada qualquer possibilidade de existência digna, produzem o que deve ser considerado o mais grave caso de violação a direitos humanos no Brasil contemporâneo. Apesar de existir legislação que assegura direitos básicos aos presos, essa não é observada, acabando por resultar, concretamente, em proteção deficiente. Por outro lado, nada é feito para modificar esse quadro. Nos três níveis federativos, não há políticas públicas capazes de reduzir a violação massiva dos direitos fundamentais dos presos, nem mesmo vontade política para fazê-lo. Falhas estruturais tanto promovem como agravam a situação inconstitucional. Esse é o cenário para a introdução no Brasil da atuação estrutural do Supremo voltada a superar hipóteses de estado de coisas inconstitucional.

Estrutura da tese

A tese é dividida em cinco capítulos: o Capítulo I é descritivo da visão tradicional da doutrina brasileira sobre a omissão inconstitucional, máxime a legislativa, e da evolução da jurisprudência do Supremo sobre o tema, e se destina a explicar o critério puramente semântico-estrutural de identificação utilizado em ambas; o Capítulo II se ocupa de criticar a visão tradicional descrita anteriormente, apontando equívocos e insuficiências e propondo a ampliação dos pressupostos de configuração da omissão inconstitucional; o Capítulo III destina-se à proposta teórica do “estado inconstitucional de coisas”, seus pressupostos, contornos e meios de tutela judicial; no Capítulo IV, abordo o enquadramento da declaração do estado de coisas inconstitucional no conceito de ativismo judicial, bem como respondo possíveis objeções de natureza democrática e institucional a esse ativismo, formulando, ao final, a ideia de ativismo judicial estrutural dialógico; no Capítulo V, cuido de apresentar uma proposta de aplicação da tese no Brasil: o estado de coisas inconstitucional relativo ao sistema carcerário brasileiro e a possibilidade de intervenção do Supremo, simultaneamente, estrutural e dialógica. Por fim, conclusões.

1 OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL – A VISÃO TRADICIONAL DA DOUTRINA BRASILEIRA E A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

1.1 A relevância da inconstitucionalidade por omissão legislativa

O jurista italiano Mauro Cappelletti, certa feita, disse apresentar o controle de constitucionalidade das leis “um encontro excitante e perplexo entre legislador e juiz, entre lei e julgamento”.¹⁹ Desse encontro podem resultar decisões por meio das quais o juiz anule os atos normativos produzidos pelo legislador, ator legitimado pelo voto popular. Essa circunstância, sob o viés de uma possível ilegitimidade democrática, tem feito surgir teorias “obsessivas” voltadas a criticar ou a justificar a postura judicial.²⁰ No entanto, a excitação e a perplexidade, acusadas por Cappelletti, crescem, e muito, na medida em que o controle judicial dirige-se não contra o que fez o legislador, mas contra o que ele não fez ou fez de forma incompleta. A toda evidência, tensões entre juiz e legislador, constituição e lei, constitucionalismo e democracia, surgem com ainda mais intensidade se o controle judicial se faz voltado à “omissão legislativa inconstitucional”.

Tema dos mais importantes e fundamentais na dinâmica de concretização das constituições contemporâneas é o da omissão legislativa inconstitucional: a lacuna legislativa decorrente da inércia de o legislador fazer o que determinado pela constituição, de produzir as leis exigidas pela constituição. Como disse Canotilho, o “significado jurídico da omissão do legislador tem como pressuposto fundamental a prevalência material e formal da Constituição relativamente à lei ordinária.”²¹ Esta ideia está ligada a um novo papel cumprido pelas constituições na conformação e construção do Estado: a relevância constitucional da omissão legislativa é inerente às transformações políticas e normativas associadas à passagem do Estado Legislativo de Direito ao Estado Constitucional de Direito. Para Luigi Ferrajoli, trata-se de uma tripla mudança de paradigma: “a) na natureza e na estrutura do Direito, b) na natureza da ciência jurídica e c) na [natureza] da jurisdição”.²²

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Judicial Review in the Contemporary World**. Indianapolis: Bobbs-Merril. 1971, p. 1: “Judicial review of the constitutionality of legislation presents an exciting and perplexing encounter between legislator and judge, between statute and judgment”.

²⁰ Cf. FRIEDMAN, Barry. The birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty. Part Five. **Yale Law Journal** Vol. 112 (2), 2002, pp. 153/259.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 329.

²² FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) **Neconstitucionalismo(s)**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 14.

Substituída a ideia de supremacia do Parlamento pela de supremacia constitucional, se o legislador se omitir em disciplinar matéria imposta pela constituição, tal omissão estará negando a qualidade superior da norma constitucional. O “não fazer” não pertencerá à esfera discricionária do legislador, e sim padecerá do vício de inconstitucionalidade. A absoluta discricionário do legislador, tanto do ponto de vista temporal como conteudista, deu lugar a uma liberdade de conformação condicionada aos mandamentos constitucionais. Sendo assim, abre-se espaço para o controle judicial do cumprimento dessas ordens constitucionais. De acordo com Francisco Fernández Segado,

*En definitiva, la sujeción del legislador a la Constitución no impide en modo alguno la libertad de configuración de que el mismo goza, que se proyecta no sólo sobre el contenido a dar a la norma de desarrollo constitucional, sino también sobre el tiempo, esto es, sobre el momento en que llevar a cabo dicho desarrollo, pero ni uno ni otro aspecto quedan sujetos a la libérrima capacidad decisoria del poder legislativo, pudiendo, desde luego, ser objeto de control en sede constitucional.*²³

Não se trata, todavia, de tema simples. Em voto na ADI nº 3.682/MT,²⁴ o ministro Gilmar Mendes, um dos estudiosos mais profícuos sobre a matéria no Brasil, reconheceu envolver a temática diferentes complexidades: “Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional por meio da qual afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença na qual afirmada a inconstitucionalidade por omissão?”. A primeira pergunta diz com o próprio conceito e as espécies de omissão legislativa inconstitucional; a segunda, com os meios de controle judicial da omissão. As duas últimas relacionam-se com a problemática maior dos limites de atuação institucional do Poder Judiciário na correção da omissão legislativa inconstitucional.

Este capítulo é voltado, primeiramente, a responder à primeira pergunta sob o ângulo da concepção da doutrina tradicional brasileira, e às segunda e terceira questões ao descrever a evolução do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, essas mesmas respostas serão, nos capítulos seguintes, problematizadas e revisadas de modo a melhor responder à quarta e derradeira pergunta. Definir, exatamente, quais as consequências políticas e institucionais possíveis decorrentes do controle judicial de

²³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas. Algunas cuestiones domáticas. **Estudios Constitucionales**, Ano 7, Nº 2, 2009, p. 26.

²⁴ STF – Pleno. ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09/05/2007. Estes questionamentos também podem ser encontrados in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.177.

constitucionalidade da omissão legislativa inconstitucional não é algo simples. A certeza epistêmica, todavia, que governa essa tese é a de as respostas deverem ser construídas na direção de uma jurisdição constitucional capaz de reduzir os déficits de normatividade dos direitos fundamentais diante de insistentes e duradouras *institucionalizações incompletas* desses direitos por parte do Poder Legislativo.

1.2 Conceito e pressupostos da omissão legislativa inconstitucional

A omissão legislativa inconstitucional, segundo a doutrina em geral, decorre da circunstância de o legislador não cumprir um dever constitucional concreto de atuação político-normativa. De acordo com Canotilho, haverá omissão legislativa inconstitucional quando o legislador deixar de “fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”. Para o constitucionalista português, a omissão deriva do descumprimento de normas constitucionais mediante as quais o constituinte, de forma permanente e concreta, vincula o legislador a adotar “medidas legislativas concretizadoras da constituição”.²⁵ Portanto, obrigação constitucional, revelada por “ordens de legislar”, e inércia legislativa têm sido os dois eixos sobre os quais gira esse conceito de omissão legislativa inconstitucional. Sob esse viés “obrigacional”, o controle judicial de constitucionalidade terá por objeto o descumprimento pelo legislador do mandamento constitucional.

Sob outra vertente, dita “normativista”, a omissão verifica-se não propriamente do descumprimento de um dever específico de legislar, e sim em razão das consequências no plano normativo, político e social da inércia legislativa. O foco seria sobre as consequências derivadas da inação do legislador em dar cumprimento à constituição, mais precisamente, sobre as situações jurídicas e sociais que se revelam opostas à constituição em decorrência da omissão legislativa. O viés normativista se apresenta, assim, menos formal que o “obrigatório” ao dirigir-se a preocupação aos resultados no plano fático derivados da omissão. Francisco Fernández Segado defende seja compreendida a omissão inconstitucional como uma “realidade bifronte”: se, por um lado, “a omissão revela-se pelo descumprimento de uma

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Editora Almedina, p. 1003-1004.

obrigação constitucional do legislador, por outro, é também o resultado objetivamente produzido no ordenamento jurídico por esse mesmo descumprimento”.²⁶

Apesar de afirmar a origem dual da omissão legislativa, Segado não escapa de formular uma concepção meramente formal ao vincular a identificação normativa da omissão aos efeitos produzidos pela inércia do legislador em não cumprir os deveres constitucionais expressos de legislar. A concepção normativista não gozaria, dessa forma, de autonomia frente à caracterização meramente obrigacional da omissão legislativa. Com essa visão reducionista, o autor espanhol exclui do campo de possibilidades da omissão legislativa inconstitucional o não atendimento adequado das normas constitucionais autoaplicáveis.²⁷ Segado, todavia, contribui ao tema ao sistematizar os pressupostos de caracterização da omissão legislativa. O autor delimita quatro pressupostos, ajudando a melhor compreensão do fenômeno.

O primeiro pressuposto, já abordado, é o descumprimento de um dever constitucional de legislar: “não basta, pois, a inação; é preciso que a passividade do legislador gere a violação de um dever constitucional de legislar”. O segundo pressuposto é o “transcurso de um período de tempo razoável”.²⁸ Sem embargo, quanto mais persistente for a negativa de o legislador em cumprir a obrigação constitucionalmente imposta de legislar, mais se comprometerá e debilitará a força normativa da constituição. Daí o fator *tempo* cumprir papel relevante na configuração da omissão legislativa inconstitucional. O constitucionalista brasileiro, José Afonso da Silva, parece incluir o tempo no próprio conceito de omissão legislativa inconstitucional. Segundo afirma, a omissão inconstitucional “só se caracterizará pelo não cumprimento, *depois de tempo razoável*, das imposições constitucionais imperativas”.²⁹

Em sentido próximo, José Julio Fernández Rodríguez define “a omissão inconstitucional como a falta de desenvolvimento por parte do Poder Legislativo, *durante um tempo excessivamente largo*, daquelas normas constitucionais de obrigatório e concreto desenvolvimento, de forma tal que se impeça sua eficaz aplicação”.³⁰ Em Portugal, Blanco de

²⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Franciso. El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas. Algunas cuestiones domáticas. **Estudios Constitucionales**, Ano 7, Nº 2, 2009, p. 34.

²⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Franciso. **La Justicia Constitucional: Una Visión de Derecho Comparado**. Tomo I. Madrid: Dykinson, 2008, p. 611: “a omissão legislativa com relevância constitucional pressupõe uma norma constitucional que não seja de aplicação imediata”, o que significa que toda norma constitucional diretamente aplicável exclui uma omissão juridicamente relevante.

²⁸ Idem, ibidem, p. 35.

²⁹ SILVA, José Afonso. Controle de Constitucionalidade: Variações sobre o mesmo tema. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional** Nº 6, Madrid: CEPC, 2002, p. 17.

³⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. **La Justicia Constitucional Europea ante El Siglo XXI**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 85.

Morais fala em “omissões de actos legislativos que não complementam *tempestivamente* normas constitucionais não exequíveis por si próprias”.³¹ Igualmente, Jorge Miranda desenvolve enfaticamente a ideia do tempo como elemento definidor da omissão legislativa inconstitucional:

O juízo de inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei: nenhuma omissão pode ser descrita em abstracto, mas somente em concreto, balizada entre determinados eventos, estes de sinal positivo. (...)

Assim, o órgão de fiscalização, sem se substituir ao órgão legislativo, tem de medir e interpretar o tempo decorrido – esse tempo que fora dado ao órgão legislativo para emanar a lei; e terá de concluir pela omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal, diante de determinadas circunstâncias ou situações em que se colocou ou foi colocado. Pois o significado último da inconstitucionalidade por omissão consiste no afastamento, por omissão, por parte do legislador ordinário, dos critérios e valores da norma constitucional não exequível; e esse afastamento só pode ser reconhecido no tempo concreto em que um e outro se movam.³²

Vê-se terem todos os autores, acima destacados, correlacionado norma constitucional expressiva do dever de legislar e o transcurso de tempo sem cumprimento da obrigação. A questão problemática fica por conta de saber, considerada essa relação entre *tempo* e *configuração da omissão legislativa*, o *quanto* de tempo de inércia faz-se necessário para poder-se assentar a inconstitucionalidade do ato omissivo. Por certo que, quanto maior o tempo de inércia verificado, menor dúvida dever-se-á ter em relação à legitimidade da atuação corretiva do juiz constitucional em face da omissão. Assim, o fator tempo acaba cumprindo um papel importante de legitimação do ativismo judicial na superação da omissão legislativa inconstitucional. Como será abordado no Capítulo III, o tempo de inércia pode revelar-se longo a ponto, inclusive, de resultar em um “estado inconstitucional de coisas”.

O terceiro pressuposto é o “efeito objetivo de violação da Constituição”. Segundo Fernández Segado, “a omissão legislativa, ainda sendo um comportamento passivo, está longe de ser neutro em suas consequências, propiciando efeitos de díspar natureza que têm como comum denominador a violação objetiva da Norma suprema”. Assim, não seria o silêncio puro e simples do legislador o evento a implicar violação da Constituição, e sim “a interação da omissão de um dever constitucional de legislar prolongada no tempo mais além de um prazo razoável com a consequência objetivamente transgressora da Norma suprema. A

³¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 456.

³² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 309-310.

inconstitucionalidade aparece – prossegue o autor –, pois, como a resultante de diferentes pressupostos estritamente interconectados”.³³ Como buscarei demonstrar no Capítulo II, a violação não dever ser, necessariamente, a um preceito constitucional específico, mas pode ser à Constituição como um todo, tomada como ordem objetiva de valores.

O quarto pressuposto foi delimitado negativamente pelo autor: “em definitivo, acreditamos por inteiro irrelevante, aos efeitos do instituto que nos ocupa, a intencionalidade do legislador”. Para Segado, a circunstância de a inércia implicar a inconstitucionalidade por omissão não depende de estar envolvida determinada vontade do legislador. Por certo que o descumprimento de normas constitucionais pode fazer parte da própria história institucional de um determinado país, e a transformação desse aspecto cultural de transgressão seja um processo em desenvolvimento. O Brasil é exemplo. Todavia, nada disso significa que a vontade do legislador seja condição da inconstitucionalidade. O legislador promove “diferimentos legislativos”,³⁴ “compartilhamentos de autoridade” e transferência de custos políticos,³⁵ mas também há *blind spots*³⁶ e déficits de representatividade em face de grupos minoritários.³⁷ Todos esses comportamentos podem, igualmente, resultar em inconstitucionalidades por omissão.

Para a doutrina em geral, portanto, a omissão legislativa inconstitucional está sempre ligada a um enunciado constitucional por meio do qual é previsto um dever constitucional expresso e específico de legislar, restando configurada ausente atuação legislativa durante certo período de tempo razoável, implicando, dessa forma, violação objetiva à constituição. Assim conceituada, estaria fora do campo de possibilidades da omissão inconstitucional possível violação de normas constitucionais autoaplicáveis, de um conjunto dessas normas ou da Constituição como um todo. Essa conclusão, como se passa a demonstrar, é própria de nossa doutrina tradicional e do próprio Supremo Tribunal Federal. Antes de cuidar desses pontos, exponho, rapidamente a seguir, as espécies de omissão legislativa inconstitucional.

1.3 Espécies de omissão legislativa inconstitucional

³³ FERNÁNDEZ SEGADO, Franciso. El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas. Algunas cuestiones domáticas. **Estudios Constitucionales**, Ano 7, N° 2, 2009, p. 36-38.

³⁴ LOVELL, George I. **Legislative Deferrals. Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy**. Cambrige: Cambridge University Press, 2003.

³⁵ GRABER, Mark A. **A New Introduction to American Constitutionalism**. New York: Oxford University Press, 2013, p. 138

³⁶ DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference. **Osgoode Hall Law Journal** Vol. 47 (2), 2009, p. 235-286.

³⁷ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

A omissão legislativa inconstitucional pode ser absoluta (total), parcial ou relativa. Tem-se a omissão absoluta ou total quando “o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional”.³⁸ Portanto, a omissão inconstitucional pode decorrer tanto da absoluta ausência do ato normativo obrigatório (omissão absoluta) quanto da circunstância de o dever de legislar ter sido cumprido apenas parcialmente ou de modo incompleto ou defeituoso (omissão parcial). No caso da omissão inconstitucional relativa, há o envolvimento de tratamento jurídico diferenciado, sendo prestigiado determinado grupo em detrimento de outro em violação ao princípio da isonomia.³⁹ Nos três casos, será possível a intervenção judicial corretiva, variando os meios e o grau possível de intervenção.

1.4 A concepção tradicional da doutrina brasileira

Nossa doutrina tem demonstrado interesse e desenvolvido bons estudos, a partir da Carta de 1988, sobre o tema da omissão legislativa inconstitucional.⁴⁰ Todavia, não há como negar que esse desenvolvimento, de um modo geral, tem encerrado alguns reducionismos. O reconhecimento no Brasil da inconstitucionalidade por omissão legislativa tem se dado sob a concepção puramente obrigacional, ignorando, por completo, o viés normativista da identificação da omissão, o que deve ser reprovado, em especial, por conta da posição dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. É verdade que essa concepção pode ser tributária do próprio desenho constitucional de 1988, haja vista a previsão expressa do

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1.026. Neste sentido: STF – Pleno. ADI – MC 1.458/DF. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20/09/96: “O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. (...) Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público”.

³⁹ Como dito por Francisco Javier Díaz Revorio, **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**, Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 171, as omissões absolutas decorrem do “silêncio do legislador”, ao passo que as relativas, do “silêncio da lei”.

⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 1995, p. 209-262; PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão e Mandado de Injunção**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003 (a 1ª edição é de 1995); PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, pp. 289/291; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. ob.cit., p. 1.026

controle judicial de constitucionalidade da omissão legislativa, o que pode ter ajudado a “mecanizar” a configuração do instituto.⁴¹ Mas é chegada a hora de um passo a mais.

O primeiro desafio desta tese é o de revisitar a noção tradicional acerca da inconstitucionalidade por omissão legislativa. Isso significa questionar seus pressupostos: quando se pode afirmar ter havido o descumprimento do dever constitucional de legislar e restado configurada a omissão legislativa inconstitucional? A visão tradicional de nossa doutrina tem sido a de vincular a omissão legislativa inconstitucional à estrutura semântica dos enunciados normativos constitucionais e à correlata eficácia jurídico-formal desses enunciados, ou seja, a uma determinada tipologia dos enunciados em razão de diferenças de estrutura e de graus de aplicabilidade.⁴² Em suma, a preocupação tem sido apenas com a eficácia jurídico-formal ou a aplicabilidade dos enunciados normativos constitucionais segundo estrutura e densidade semânticas. Critérios de ordem material têm sido ignorados.

Entre nós, o desenvolvimento tradicional do estudo da omissão legislativa e a demarcação do campo de incidência se deram, principalmente, sob o enfoque da aplicabilidade dos enunciados normativos constitucionais segundo a festejada tipologia tricotômica desenvolvida por José Afonso da Silva: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata – “comandos certos e definidos” que ostentam normatividade suficiente à aplicação imediata independentemente da intermediação legislativa; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, porém sujeitas a restrições legislativas futuras – comandos com normatividade suficiente à aplicação imediata, mas estabelecem a possibilidade de legislação futura restringir a eficácia; normas de eficácia limitada (*normas constitucionais de princípio institutivo e normas de princípio programático*) – comandos sem normatividade suficiente à aplicação imediata, sendo necessário o legislador completar a disciplina para dar concretude ao dispositivo constitucional.⁴³

A doutrina pioneira procurou limitar os casos de omissão legislativa inconstitucional às chamadas normas constitucionais de eficácia limitada, pois apenas essas reclamariam a

⁴¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Franciso. El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas. Algunas cuestiones domáticas. **Estudios Constitucionales**, Ano 7, Nº 2, 2009, p. 33: “Não é casual que entre a doutrina portuguesa e a brasileira, e também na jurisprudência do Tribunal Constitucional português e na do Supremo Tribunal Federal brasileiro se imponha a concepção obrigacional, pois as respectivas Constituições, ao contemplar o instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sentam as bases condutoras a isso.”

⁴² Em Portugal, essa perspectiva é muito clara em MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 295-296: “Quanto á inconstitucionalidade por omissão de actos legislativos ou normas legislativas (consoante o prisma que se prefira), é fenómeno jurídico ligado especialmente à estrutura de determinadas normas constitucionais, que pode surgir à face de qualquer Lei Fundamental”.

⁴³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000 (a 1ª edição é de 1967), p. 88 et seq. Para uma sistematização das posições da doutrina sobre a eficácia das normas constitucionais, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

intermediação legislativa para que pudessem ser aplicadas. O próprio José Afonso, em exercício de autorreferência teórica, quando tratou da inconstitucionalidade por omissão legislativa, limitou-se a examiná-la sob o prisma da eficácia jurídico-formal dos enunciados normativos, restringindo a possível configuração aos casos envolvendo *normas constitucionais de eficácia limitada*:

As normas constitucionais são de eficácia plena e aplicabilidade imediata, situação que não gera omissão inconstitucional, ou de eficácia contida e também de aplicabilidade imediata, que também não dá margem a omissão, ou de eficácia limitada de princípio institutivo ou de princípio programático e de aplicabilidade dependente de leis ou outra providência do Poder Público. Aqui é que se situa o campo possível das omissões inconstitucionais.⁴⁴

A proposta teórica é clara em restringir a definição dos pressupostos da omissão legislativa inconstitucional em função apenas do grau de satisfação dos enunciados constitucionais como um dado *a priori*, alcançável tão-somente a partir da formulação textual. “Normas constitucionais não exequíveis por si mesmas”, que “não bastam por si mesmas” ou que não são “autoaplicáveis”, assim conforme apenas a estrutura e disposição semânticas, ensejariam a omissão legislativa inconstitucional caso não fossem editados os atos legislativos necessários à execução. Ao contrário, em relação às “normas constitucionais exequíveis por si mesmas”, que “bastam por si mesmas” ou que são “autoaplicáveis”, assim consideradas em função apenas da maior densidade semântica, seria impróprio, em qualquer hipótese, cogitar-se de omissão legislativa inconstitucional.

Para a doutrina constitucional, é como se a suficiente densidade normativa do enunciado constitucional autoaplicável dispensasse qualquer providência legislativa ulterior para torná-lo – e aos direitos nele reconhecidos – uma realidade concreta, de modo que não haveria, dessa forma e em absoluto, qualquer *dever constitucional de legislar*, o que faria da omissão legislativa uma impossibilidade lógica.⁴⁵ Essa perspectiva, a toda evidência, pressupõe muito do texto constitucional, da força normativa e das possibilidades transformativas que os enunciados possuem por si sós. Ao afirmar-se que dispositivos

⁴⁴ SILVA, José Afonso. Controle de Constitucionalidade: Variações sobre o mesmo tema. In: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Nº 6, Madrid: CEPC, 2002, p. 16.

⁴⁵ Fazendo uma síntese da doutrina tradicional sobre o tema, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Op. cit., p. 263: “Em se procedendo a uma comparação – ainda que superficial – entre as propostas de Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva, Celso Bastos e Carlos A. Britto e Maria H. Diniz, verifica-se que estas – em que pesem suas especificidades – na verdade não chegam a ser incompatíveis entre si. Para além disso, percebe-se que em todas as classificações se destacam dois grupos de normas, quais sejam, aquelas que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional e aquelas que, desde logo, por apresentarem suficiente normatividade, estão aptas a gerar seus efeitos e, portanto, dispensam uma *interpositivo legislatoris*.”

constitucionais da espécie não podem implicar omissão legislativa, a doutrina cria direitos assegurados e efetivos *a priori*, ou atestam a relevância apenas parcial do papel do legislador para assegurar o sucesso do projeto constitucional tomado como um todo.

O trabalho inicial da professora Flávia Piovesan é exemplo de como os primeiros autores brasileiros, ao tratarem da omissão legislativa inconstitucional, restringiram a identificação do fenômeno à estrutura dos enunciados normativos constitucionais e limitaram o alcance às chamadas “normas constitucionais de eficácia limitada”. Para Piovesan, “adotando-se a teoria de José Afonso da Silva, se todas as normas constitucionais detivessem eficácia plena, faltaria cabimento à omissão legislativa”. Ou seja, “se todas as normas da Constituição tivessem aplicabilidade imediata e integral, não haveria espaço para a omissão legislativa inconstitucional”. Portanto, segundo a autora, “à luz da teoria de José Afonso da Silva”, “a omissão legislativa inconstitucional está relacionada com normas constitucionais de eficácia limitada”.⁴⁶ Consagra-se, assim, a configuração da omissão legislativa inconstitucional em razão do gradualismo da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais conforme elementos puramente semântico-estruturais, sem quaisquer considerações de ordem material.

Da mesma forma, Clèmerson Merlin Clève adverte adentrar-se no “território conceitual da inconstitucionalidade por omissão” quando envolvidas “as normas inexecutáveis por si mesmas”. Para o autor, assim como ocorre com o Direito Penal, no Direito Constitucional a omissão só pode ser caracterizada “em relação a uma norma que impõe a alguém o dever de agir”, ou seja, trata-se sempre de uma “omissão a uma ação determinada”. Tal caracterização fica a depender de norma constitucional por meio da qual concreta e explicitamente é estabelecido o dever de legislar. O autor rechaça a possibilidade de a omissão caracterizar-se em função de um “simples dever geral de emanção de leis”, ressaltando a necessidade da presença de enunciados constitucionais específicos como pressuposto imprescindível da omissão.⁴⁷ A posição do autor fica bastante clara ao transcrever o seguinte trecho do professor português, Jorge Miranda:

A inconstitucionalidade por omissão – tal como a inconstitucionalidade por ação – não se afere em face do sistema constitucional. É aferida em face de uma norma cuja

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão e Mandado de Injunção**. Op. cit., p. 78.

⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Op. cit., p. 217-218

não exequibilidade frustra o cumprimento da Constituição. A violação especifica-se olhando a uma norma violada, e não ao conjunto de disposições e princípios.⁴⁸

No centro da argumentação tradicional está algo como uma suposta dispensa constitucional da intervenção legislativa para a atuação concreta das chamadas “normas constitucionais de eficácia plena” – aquelas que “bastam por si mesmas”. Como os enunciados normativos desse tipo, tendo em conta apenas a construção semântica, são dotados de eficácia ou aplicabilidade direta, a *interpositio legislatoris* não seria constitucionalmente necessária. Desse ponto de vista puramente semântico-estrutural, com relação a esse específico conjunto de enunciados constitucionais, “não pode falar-se tecnicamente [...] de omissões legislativas inconstitucionais, posto que a atuação do legislador não é exigida”.⁴⁹ Ao que parece, a doutrina tradicional não enxerga a possibilidade de quaisquer limitações fáticas, sociais ou institucionais, para a efetivação dos direitos constitucionais, mas apenas obstáculos semânticos que são estabelecidos aprioristicamente. Fazendo uma síntese da doutrina tradicional sobre o tema, Ingo Sarlet deixa essa circunstância bastante clara:

Em se procedendo a uma comparação – ainda que superficial – entre as propostas de Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva, Celso Bastos e Carlos A. Britto e Maria H. Diniz, verifica-se que estas – em que pesem suas especificidades – na verdade não chegam a ser incompatíveis entre si. Para além disso, percebe-se que em todas as classificações se destacam dois grupos de normas, quais sejam, aquelas que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional e aquelas que, desde logo, por apresentarem suficiente normatividade, estão aptas a gerar seus efeitos e, portanto, dispensam uma *interpositio legislatoris*.⁵⁰

Em acreditar que os enunciados constitucionais, ditos de eficácia plena, já contêm, por si mesmos, todos os elementos necessários para os direitos tornarem-se uma realidade concreta,⁵¹ a doutrina tradicional acabou por caracterizar a ação legislativa complementar, nesses casos, como facultativa, um mero *plus*, uma eventualidade, até conveniente, mas sempre prescindível. Sendo dispensável, a ausência ou insuficiência da atuação legislativa não poderá sujeitar-se ao controle judicial de validade constitucional, e isso porque a atuação legislativa nada importará para a “eficácia” da norma constitucional. Essa perspectiva favorece a irresponsabilidade política e institucional do Parlamento frente à ausência de

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 305.

⁴⁹ Esta é a posição de autores mais recentes também: ROSA, André Vicente Pires. **Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 142-143.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Op. cit., p. 263.

⁵¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 277: “Nas normas exequíveis por si mesmas, os comandos constitucionais actualizam-se por si.”

efetividade, de realização concreta de muitos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988.

Portanto, para a doutrina tradicional, só é possível cogitar-se de omissão legislativa inconstitucional e da intervenção judicial correspondente em relação às normas constitucionais de eficácia limitada. No entanto, mesmo dentro dessa categoria específica, a das “normas constitucionais de eficácia limitada”, a doutrina tradicional tem promovido outro destacado recorte, não vinculando todo esse conjunto normativo à omissão legislativa passível de controle judicial. Reduzindo ainda mais o campo de incidência da omissão legislativa inconstitucional, a doutrina tradicional acrescenta que apenas os enunciados normativos de eficácia limitada, por meio dos quais forem veiculados *comandos específicos para legislar*, merecem ganhar o título de *fontes do dever de legislar*⁵² como pressuposto da omissão normativa inconstitucional.

Por exemplo, de acordo com Flávia Piovesan, apenas os princípios institutivos veiculados como “normas impositivas” e as “normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade” configuram deveres constitucionais de legislar que, sob a perspectiva semântico-estrutural, podem ensejar uma omissão legislativa inconstitucional se não atuadas pelo legislador infraconstitucional.⁵³ Em ambos os tipos, revela-se a ideia fundamental da autora e de toda a doutrina tradicional quanto à necessidade de um enunciado normativo constitucional específico, por meio do qual prescrito comando concreto, explícito e inequívoco da exigência de legislação integrativa para poder-se cogitar de inadimplência legislativa inconstitucional.

Os exemplos apresentados por Piovesan deixam bastante clara essa circunstância teórica. No caso dos princípios institutivos, ela destacou, como hipótese de omissão legislativa inconstitucional, eventual falta da lei complementar, exigida expressamente pelo art. 131 da Constituição de 1988, para dispor sobre a organização e o funcionamento da Advocacia-Geral da União.⁵⁴ Para os ditos princípios programáticos vinculados ao princípio da legalidade, o exemplo utilizado foi o de falta da lei ordinária disciplinando o direito social à participação dos empregados nos lucros das empresas, previsto no art. 7º, XI, da Carta de

⁵² A expressão é de SEGADO, Franciso. **La Justicia Constitucional. Una Visión de Derecho Comparado**. Op. cit., p. 615.

⁵³ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão e Mandado de Injunção**. Op. cit., p. 78-79.

⁵⁴ “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.”

1988.⁵⁵ Esse dispositivo constitucional contém ordem expressa para que este direito seja “definido em lei”. Para Piovesan, em razão da aludida cláusula explícita, “trata-se de típico exemplo de norma programática que depende necessariamente da atividade do legislador para a plena produção dos seus efeitos”.⁵⁶

Esses exemplos da professora paulista, assim como os comumente citados pela doutrina tradicional em geral, correspondem aos comandos normativos conhecidos, por inspiração em Canotilho, como *ordens concretas de legislar*. Muitas vezes citado e com bastante prestígio por aqui, Canotilho disse, certa feita, que só haverá omissão legislativa inconstitucional quando o legislador deixar de “fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”.⁵⁷ Nesse sentido, para a nossa doutrina tradicional, essas normas constitucionais *preceptivas*, porque determinam expressamente a edição de um ato legislativo, consistem na única espécie normativa que pode servir de pressuposto para a omissão legislativa inconstitucional. Contudo, não há problema em afirmar que essas normas podem gerar a omissão, até porque inequivocamente podem. A questão é reduzir o campo da omissão a apenas essa espécie normativa.

Apesar de Canotilho ter sido eleito o “santo padroeiro” de nossa doutrina tradicional sobre a matéria, o professor lusitano, em clara contradição com seus conceitos anteriores, criticou construções teóricas mais preocupadas com questões formais, semântico-estruturais. Ele chamou a atenção para a importância do enquadramento “materialmente entendido” das imposições constitucionais de legislar e do correlato fenômeno da omissão legislativa inconstitucional. Criticando o que chamou de “dimensão processual” da abordagem do tema, Canotilho acusou que a “análise gramatical” dos deveres constitucionais de legislar, feita “artigo por artigo”, “revelava que a doutrina não concebia uma imposição ‘fora’ da semântica do texto, acabando por identificar preceito e imposição.” Para o autor, o corolário lógico desse defeito metodológico seria “a interpretação restritiva das imposições constitucionais considerando-se como tais apenas aquelas em que a constituição prescreve um ‘prazo de

⁵⁵ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;”

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão e Mandado de Injunção**. Op. cit., p. 79.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 331; Idem, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. cit., p. 1003-1004. Citando e transcrevendo Canotilho, dentre outros: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Op. cit., p. 220; PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos**. 2ª ed. São Paulo: RT, 286; ROSA, André Vicente Pires. **Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 136-137.

execução’ ou, pelo menos, contém uma ‘ordem inequívoca’ dirigida ao legislador no sentido de emanar as leis necessárias à sua execução”.⁵⁸

A preocupação do autor, na 2ª edição de sua conhecida obra sobre a Constituição Dirigente, foi com as limitações fáticas impostas à realização de todo e qualquer comando constitucional. De qualquer forma, o reducionismo semântico-estrutural da doutrina tradicional revela-se no argumento da imprescindibilidade de um enunciado normativo constitucional que encerre um mandato constitucional expresso e dê origem a um “dever específico de legislar”, como pressuposto necessário para a configuração da omissão legislativa inconstitucional, passível de controle pelo Judiciário. Em suma, segundo a doutrina tradicional, ter-se-á uma lacuna legislativa inconstitucional apenas quando o legislador deixar de produzir uma lei que a Constituição determina que seja feito de forma direta, explícita e inequívoca por meio de um enunciado normativo específico. O pressuposto normativo constitucional da omissão legislativa inválida seria, dessa forma, uma questão tão-somente de estrutura e de tipologia dos enunciados constitucionais em jogo.

Esse reducionismo semântico-estrutural da configuração da omissão legislativa inconstitucional, que tanto se mostra problemático para a efetividade dos direitos fundamentais e padece de equívocos injustificados, como demonstro na sequência, é a doutrina dominante no Supremo Tribunal Federal. Antes, porém, discorro sobre a expansão e relevância mundial do controle de constitucionalidade da omissão legislativa

1.5 A expansão e a relevância mundial do controle de constitucionalidade da omissão legislativa

Como tem sido enfatizado por diversos estudos de diferentes matizes, a relevância social e política de cortes, já há algum tempo, não é mais uma exclusividade norte-americana. O avanço da justiça constitucional e do papel político de cortes constitucionais⁵⁹ foi deflagrado com as constituições democráticas do Segundo Pós-guerra e, desde então, vem acompanhando a sequência de outras “ondas de democratização”. Na terceira onda, iniciada, segundo Samuel Huntington, em 1974, com a substituição do regime autoritário em Portugal

⁵⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Op. cit., p. 302.

⁵⁹ Cf. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. Op. cit.; GINSBURG, Tom. *The Global Spread of Constitutional Review*. In: WITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 81-98; HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

por um democrático, e expandida, nos anos seguintes, para dezenas de países na Europa (especialmente, a Oriental), Ásia e América Latina,⁶⁰ a judicialização da política e das grandes questões sociais revelou-se uma forte tendência. Nesses países, tal como ocorre há mais de dois séculos nos Estados Unidos, muitos têm sido os incentivos para o deslocamento do *locus* de decisões cruciais – da arena política para a judicial.

Em muitos desses cenários, o controle de constitucionalidade da omissão legislativa revela-se um aspecto saliente.⁶¹ Em alguns países, foram previstos nas constituições de regência instrumentos e remédios próprios para o exercício desse controle. Em outros, a possibilidade e os meios de controle decorrem da própria jurisprudência das respectivas cortes constitucionais. No primeiro grupo, destacam-se Portugal e Brasil. No segundo, Alemanha e Itália. Com efeito, decisões paradigmáticas do Tribunal Constitucional alemão e da Corte Constitucional italiana, assim como, embora em menor medida, da Corte Constitucional da Espanha, revelam como são possíveis a preocupação com a omissão legislativa inconstitucional e a defesa da ordem constitucional contra esse vício mesmo inexistindo previsão nas constituições de ações e tuelas próprias, dirigidas especificamente ao exercício desse controle.

Foi na antiga Iugoslávia, na Constituição de 1974, artigo 377, o registro do estabelecimento, pela primeira vez, de instrumento próprio (ação direta) para o controle de constitucionalidade da omissão legislativa. Dois anos depois, por meio da Constituição de 1976 (artigo 279), o instrumento foi estabelecido em Portugal, vindo a ser reforçado com a revisão constitucional de 1982 e a criação da Corte Constitucional (artigo 283). Depois, foi a vez do Brasil por meio da introdução, como apontado no tópico seguinte, da “ação direta de inconstitucionalidade” no artigo 102, § 2º. Há também previsão de ação direta na Costa Rica, estabelecida pela reforma processual de 1989, na qual foi criada a *Sala IV*, a Corte Constitucional costa-riquenha, uma das mais ativistas do mundo. Na Hungria, quando da reforma constitucional de 1989, atribuiu-se a possibilidade de a Corte Constitucional reconhecer de ofício a inconstitucionalidade da omissão ou por resposta a petições dirigidas por qualquer pessoa. Na Bolívia, mais recentemente, na Constituição de 1988, foi estabelecida uma ação direta para o controle da omissão legislativa inconstitucional.

⁶⁰ HUNTINGTON, Samuel P. **The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century**. Norman: University of Oklahoma Press, 1991, p. 21-26.

⁶¹ Para uma visão ampla da expansão do controle de constitucionalidade da omissão legislativa, cf. BREWER-CARÍAS, Allan R. **Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Study**. New York: Cambridge University Press, 2011.

Na Alemanha, ao responder *recursos constitucionais* (*Verfassungsbeschwerde*), o Tribunal Constitucional tem empregado, principalmente, duas técnicas decisórias para o controle da omissão legislativa: o “apelo ao legislador” (*Appellentscheidung*) e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*). No primeiro caso, seja em razão de mudanças fáticas e sociais ou de interpretação constitucional, seja em razão de um mandato constitucional específico não cumprido, o Tribunal reconhece a omissão, embora não a inconstitucionalidade propriamente dita, e “reenvia” a matéria ao Parlamento, atestando a “situação *ainda* constitucional” e a possibilidade de conversão em um “estado de inconstitucionalidade. No segundo tipo, reconhecendo ser impossível declarar a nulidade de uma omissão, o Tribunal realiza um “juízo de desvalor”, de afirmação da inconstitucionalidade da situação, podendo expedir “*recomendações* ou *exortações* expressas para que o legislador edite nova regulamentação”. Por certo que nem sempre é nítida a diferença entre os institutos.⁶²

Na Itália, ante a necessidade de assumir um *papel político-reformista* em substituição ao legislador que se manteve omissor “na modernização e na democratização do ordenamento jurídico italiano”,⁶³ a Corte Constitucional desenvolveu um arsenal de sentenças não ortodoxas que se tornou o traço distintivo de sua jurisprudência ativista. Para adequar o velho ao novo, o autoritário ao democrático, o juiz constitucional italiano, muitas vezes, extrapolou a função de revelar *o que dizem* as disposições normativas para manipular os sentidos das leis, adicionando novos significados normativos ou substituindo os já existentes. Sobre essas sentenças não ortodoxas, a dogmática constitucional tem desenvolvido uma tipologia muito influente: as chamadas sentenças manipulativas – sentenças que resultam na transformação do significado da lei, mas sem alteração formal do texto normativo.

A doutrina tem classificado essas sentenças manipulativas em três tipos: 1) sentenças interpretativas de acolhimento parcial ou redutivas (ou manipulativas em sentido estrito); 2) sentenças aditivas e 3) sentenças substitutivas.⁶⁴ Na primeira espécie, partindo da distinção entre texto normativo e norma, o juiz declara a nulidade de parte do conteúdo normativo sem alterar formalmente o texto legal, reduzindo apenas o alcance, de modo a conformá-lo a

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 268-269.

⁶³ GROPPi, Tania. A Justiça Constitucional em Itália. **Sub Judice: Justiça e Sociedade**. Vols. 20/21, 2001, p. 74. Augusto Martín de La Vega, **La Sentencia Constitucional em Italia**, Madrid: CEPC, 2003, p. 232, cita a figura do “reformismo jurisprudencial” e a Corte como um “motor das reformas”.

⁶⁴ Cf. por todos, ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1988, p. 296. Há autores, entretanto, que incluem as chamadas sentenças interpretativas de rejeição ou de acolhimento total dentro do gênero das sentenças manipulativas: CERRI, Augusto. **Corso di Giustizia Costituzionale**. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2004, p. 237 et seq., o que parece enfraquecer a rigidez da distinção classificatória.

Constituição. Essa “declaração de nulidade parcial da norma sem redução do texto” pode, contudo, resultar em manipulação interpretativa dos significados da lei. Com a terceira espécie, a das sentenças substitutivas, o juiz não se limita a julgar inconstitucional certo conteúdo normativo, mas formula um novo em substituição ao que declarou nulo. A decisão é composta por duas partes: “uma demolidora do conteúdo da disposição impugnada e, a outra, reconstrutiva, por meio da qual a Corte provê dotar a disposição de um conteúdo diverso, em linha com os princípios constitucionais”.⁶⁵

Porém, é a segunda espécie, a das *sentenças aditivas*, que nos interessa mais de perto. Por meio dessas, a Corte reconhece a inconstitucionalidade da lei “*na parte em que não prevê algo que deveria prever*”,⁶⁶ ou seja, uma omissão e supre a lacuna, adicionando o significado normativo faltante. Como disse Augusto Cerri, “a decisão aditiva pressupõe uma ‘lacuna axiológica’”,⁶⁷ de modo que a declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa deve ser lógica e estruturalmente ligada à superação do estado omissivo. A sentença aditiva *fala* onde a lei *se cala* e essa prática integrativa é voltada a corrigir a inconstitucionalidade das omissões legislativas. Com essas técnicas decisórias, as Cortes alemã e italiana criaram mecanismos paradigmáticos voltados a corrigir a omissão legislativa inconstitucional. Devido a relevância desses instrumentos, muitas cortes pelo mundo os têm utilizado, revelando a expansão da atuação judicial na fiscalização da omissão legislativa. O Supremo Tribunal Federal, como descrevo a seguir, vem desenvolvendo, aos poucos, o manejo dessas técnicas.

1.6 A evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro sofreu profundas mudanças a partir da vigência da Constituição de 1988. Antes da nova Constituição, vigia um sistema de controle institucionalmente fraco e nada efetivo. Até a Emenda Constitucional nº 16, de 26/11/1965, tínhamos um modelo exclusivamente difuso de controle, todavia, sem a natureza de *stare decisis*, portanto, sem eficácia vinculante em relação aos demais poderes e nem mesmo aos outros órgãos do Judiciário. Com a aludida emenda, o sistema passou a ser misto com o estabelecimento do controle concentrado e abstrato. Contudo, não se pode dizer que a emenda constitucional promoveu um aumento significativo do espaço de participação do Supremo nos processos político-decisórios, e isso porque a mudança não resolveu dois fatores

⁶⁵ Malfatti, Elena; Panizza, Saulle; Romboli, Roberto. **Giustizia Costituzionale**. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2007, p. 124.

⁶⁶ Zagrebelsky, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. Op. cit., p. 298: “as sentenças aditivas são utilizadas (...) quando uma disposição tem alcance normativo menor do que constitucionalmente deveria ter.”

⁶⁷ Cerri, Augusto. **Corso di Giustizia Costituzionale**. Op. cit., p. 242.

decisivos de fraqueza institucional do Tribunal: (i) a falta de eficácia vinculante das decisões de inconstitucionalidade; e (ii) o acesso restrito à jurisdição constitucional concentrada, haja vista ter sido estabelecido, exclusivamente, em favor do Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1988 sinalizou uma grande virada institucional do Supremo e do sistema de controle de constitucionalidade. Além de ter sido “capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito” e de propiciar “o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país,”⁶⁸ a Carta de 1988 possui duas grandes marcas: o amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, dotados de força axiológica e normativa, e a expansão e fortalecimento da jurisdição constitucional e dos poderes decisórios do Supremo. A Constituição de 1988 mudou extraordinariamente não só o direito constitucional brasileiro, mas as relações entre o Estado e os cidadãos e o papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal foi declarado expressamente o guardião da Constituição (artigo 102, *caput*), dotado de amplo catálogo de competências originárias: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADI) (artigo 102, inciso I, alínea *a*), inclusive com pedido liminar (artigo 102, inciso I, alínea *p*), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) (artigo 102, § 2º), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (artigo 102, parágrafo único),⁶⁹ a atribuição de *status* de ação constitucional à reclamação para a preservação da competência da Corte e garantia da autoridade de suas decisões (artigo 102, inciso I, alínea *l*), o mandado de injunção em face de omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, assim como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (artigo 5º, inciso LXXI), *habeas corpus* (artigo 102, inciso I, alínea *i*), mandados de segurança e *habeas data* contra atos de autoridades sujeitas à sua jurisdição (artigo 102, inciso I, alínea *d*). O controle difuso foi mantido (artigo 102, inciso III, alíneas *a*, *b* e *c*).

Houve, portanto, ampliação dos poderes decisórios de controle de constitucionalidade, inclusive com a ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade.⁷⁰ Na ordem constitucional anterior, como destacado, prevalecia o

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 63-64.

⁶⁹ A previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental foi deslocada para o § 1º do artigo 102 com o advento da EC 03/93.

⁷⁰ Para Luís Roberto Barroso, Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?). In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). **1988 – 1998: Uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999,

monopólio da deflagração do controle concentrado pelo Procurador-Geral da República, o qual, subordinado ao Presidente da República e titular de discricionariedade na escolha de quais temas deveria submeter ao Supremo, acabava moldando a agenda da Corte e restringindo o controle apenas aos temas interessantes ao Governo federal. A Constituição de 1988 rompeu com essa restrição, que acompanhava o instituto desde a criação pela EC 16/65, e promoveu a “*desmonopolização* da iniciativa para a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade”.⁷¹

Entre as importantes inovações, como apontado acima, está a definição expressa de meios de controle de constitucionalidade da omissão legislativa. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, com matrizes e pressupostos próprios, são provas da preocupação especial do constituinte em proteger a Constituição contra as omissões ilícitas dos Poderes Legislativo e Executivo. O satisfatório desenvolvimento dessas técnicas de controle é fundamental para a própria realização do projeto constitucional de garantia dos direitos fundamentais em torno dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. Contudo, como a descrição da evolução dessas técnicas processuais de controle demonstra, o Supremo ainda não alcançou um estágio processual que possa ser afirmado ótimo para a proteção dos direitos fundamentais.

1.6.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão consiste, nos termos do artigo 103, §2º da Constituição, em ação de controle abstrato de constitucionalidade da omissão inconstitucional perpetrada pelos Poderes Executivo e Legislativo. Trata-se de processo objetivo de “defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis”, o qual não se dirige “à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa precipuamente, à defesa da ordem jurídica. Não se pressupõe, portanto, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir”.⁷² A princípio, toda e qualquer norma constitucional, carente de complementação legislativa, pode ensejar a propositura da ação. Os legitimados ativos são os mesmos legitimados para propor a ação direta de

p. 59, “o florescente desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil se deveu, substancialmente, à ampliação [pela Constituição de 1988] da legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade.”

⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99. In: **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 155.

⁷² STF – Pleno. ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09/05/2007.

inconstitucionalidade, ao passo que o interesse se faz presente mesmo se já iniciado o processo legislativo, podendo a inércia na deliberação também ser alvo do controle abstrato da omissão.⁷³

O Supremo tem decidido não poder suprir diretamente a lacuna inconstitucional se verificada a inconstitucionalidade por omissão. O Tribunal limita-se a reconhecer, com eficácia *erga omnes*, a mora legislativa, vindo, no máximo, a indicar prazo para a realização da medida legislativa, ou, na hipótese de omissão praticada por órgão administrativo, determinar que o mesmo supra a lacuna no prazo de trinta dias. Portanto, o Supremo, ao julgar o mérito da ação,⁷⁴ restringe-se a *declarar a mora do legisladore a lhedar ciência da decisão para que supra a omissão*, não admitindo a formulação direta da norma faltante, seja em razão da própria literalidade do §2º do artigo 103 da Constituição,⁷⁵ seja sob o fundamento da violação ao princípio da separação de poderes ou da proibição do Tribunal atuar como legislador positivo.⁷⁶ A sentença possui assim caráter dúplici: (i) *declaratória* da omissão legislativa inconstitucional e (ii) *mandamental* no tocante à ciência ao poder omissor para adoção das “providências necessárias” às quais feita referência no § 2º do artigo 103.

Não obstante as limitações relativas à eficácia das decisões, José Afonso da Silva enxerga uma *eficácia moral constrangedora* da decisão do Supremo sobre o legislador e a geração de *precedentes e costumes constitucionais* no sentido do atendimento da decisão. Afastando a possibilidade de o Tribunal emitir, de imediato, sentença normativa substitutiva

⁷³ “A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (STF – Pleno. ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09/05/2007).

⁷⁴ O STF entende não caber medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, haja vista a impossibilidade de se antecipar em sede cautelar aquilo que, mesmo em decisão de mérito, não é permitido, ou seja, a formulação da norma faltante: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (...), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF”. (STF – Pleno. ADI 1.439/DF. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30/05/2003).

⁷⁵ “A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.” (STF – Pleno. ADI 1.439/DF. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30/05/2003).

⁷⁶ “A ausência dessa lei complementar (*vacuum juris*), que constitui o necessário instrumento normativo de integração, não pode ser suprida por outro ato estatal qualquer, especialmente um provimento de caráter jurisdicional, ainda que emanado desta Corte. O reconhecimento dessa possibilidade implicaria transformar o S.T.F., no plano do controle concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que ele próprio se tem recusado a exercer. - O Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos (e não de omissões) inconstitucionais, um juízo de exclusão, que consiste em remover, do ordenamento positivo, a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na Carta Política”. (STF – Pleno. ADI – MC 267/DF. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/05/1995).

da atuação do legislativo, José Afonso ressalta poder a “ação legislativa” da Corte aparecer “na medida em que sua decisão venha a estimular o legislador a cumprir seu dever de legislar”.⁷⁷ Parece que o professor José Afonso é otimista com o *caráter dialógico*⁷⁸ das decisões do Supremo frente ao Legislativo no âmbito do controle concentrado e abstrato da omissão inconstitucional.

Em diferentes oportunidades, o Congresso Nacional não deu motivos para o otimismo de José Afonso da Silva. Por exemplo, na ADI 3.682/MT, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, o Tribunal assentou a inconstitucionalidade por omissão em razão da falta de lei complementar federal, exigida pelo §4º do artigo 18, da Constituição de 1988, como condição prévia para criação de municípios. Ao invés de suprir a lacuna normativa, o Supremo limitou-se a reconhecer a mora e conceder o prazo de 18 meses para a confecção da lei complementar pertinente.⁷⁹ Anteriormente, em ações diretas de inconstitucionalidade, o Supremo já havia reconhecido a inconstitucionalidade de leis estaduais por meio das quais foram instituídos municípios ante a omissão do legislador federal. Contudo, nesses casos, utilizando da técnica do Tribunal Constitucional alemão de declarar a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade, a Corte modulou no tempo os efeitos da decisão, prospectando-os em 24 meses a fim de aguardar a reação positiva do Parlamento federal.⁸⁰

Apesar das exortações do Supremo, até os dias de hoje, a lei complementar não foi produzida. Em vez, o Congresso aprovou, no prazo estabelecido pelo Supremo, a Emenda Constitucional nº 57/2008, por meio da qual se limitou a convalidar os municípios criados até 31/12/2006. Para Thammy Pogrebinski, a solução foi uma escolha deliberada, “cônsua e sábia” do Congresso, pois evitou “se precipitar na deliberação e decisão de uma matéria que, pela sua natureza, exigia mais tempo para que o consenso em torno da vontade majoritária fosse organizado”.⁸¹ Acredito, ao contrário, não se dever comemorar a *solução* dada pelo Congresso. Na realidade, a opção por uma convalidação de vícios expôs a dificuldade do consenso parlamentar sobre a matéria, já insustentável quando da decisão do Tribunal. Não

⁷⁷ SILVA, José Afonso. Controle de Constitucionalidade: Variações sobre o mesmo tema. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional** Nº 6, Madrid: CEPC, 2002, p. 17.

⁷⁸ Voltaremos ao tema no Capítulo V.

⁷⁹ STF – Pleno. ADI 3.682/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ. 06/09/2007: “Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável (...)”.

⁸⁰ Entre outros, cf. STF – Pleno. ADI 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau, DJ 17/05/2007.

⁸¹ POGREBINSCHI, Thammy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 159.

foi uma escolha “cônsua e sábia” em não “se precipitar na deliberação”, mas a escolha necessária diante da inércia insistente e da pressão do tempo imposta pelo Supremo.

De qualquer forma, mesmo se considerada insuficiente a eficácia da sentença meramente declaratória e mandamental da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, exatamente nos moldes assentados pelo Supremo, não se pode negar que, diante do limite semântico imposto pelo enunciado normativo do § 2º do art. 103, comportamento diverso, no sentido da formulação direito da norma faltante (eficácia *constitutivo-normativa* da decisão), importaria em evidente mudança do texto constitucional. Não seria um desenvolvimento criativo do enunciado dentro dos limites e das possibilidades semânticas do texto, mas de autêntica mudança do próprio enunciado normativo, estando assim sujeito, e com razão, a toda espécie de questionamentos sob o ângulo da carência de legitimidade democrática. Questionamentos semelhantes acompanharam a evolução do manejo do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal.

1.6.2 Mandado de Injunção

O mandado de injunção, nos termos do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição, consiste em ação de controle incidental de constitucionalidade da omissão perpetrada pelos Poderes Executivo e Legislativo, voltada a proteger “direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, cujo exercício se encontra obstaculizado em razão da falta de norma regulamentadora, a omissão fiscalizada. O mandado de injunção destina-se, assim, ao controle da omissão como tutela de direitos subjetivos de status constitucional prejudicados pela inércia do Poder Público. Foi, portanto, “concebido para conferir proteção à aplicabilidade dos direitos e liberdades constitucionais de toda espécie, e destinado ao suprimento de lacuna de norma complementar.”⁸²

O traço diferencial entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a circunstância de o primeiro servir ao controle concreto e incidental de constitucionalidade da omissão legislativa, enquanto a segunda, ao controle abstrato e concentrado.⁸³ Sendo, portanto, meio de controle incidental de constitucionalidade, a competência para processar e julgar o mandado de injunção não é exclusiva do Supremo. Contudo, não alcança todos os juízes. As competências originária e recursal são definidas na

⁸² SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 729.

⁸³ “O mandado de injunção não é o meio próprio a lograr-se o controle concentrado de constitucionalidade de certa norma”. (STF – Pleno, MI 575 AgR/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 26/02/1999)

Constituição: no artigo 102, inciso I, alínea *q* e inciso II, alínea *a*, em favor do Supremo; no artigo 105, inciso I, alínea *h*, para o Superior Tribunal de Justiça; e no art. 121, §4º, inciso V, para os Tribunais Regionais Eleitorais. Nas Constituições estaduais, pode ser previsto o cabimento do mandado de injunção no âmbito dos Tribunais de Justiça. O critério para fixação da competência é, inequivocamente, *ratione personae*.⁸⁴

O interesse processual persiste até seja editada a norma regulamentadora cuja ausência justificava a impetração,⁸⁵ embora não desapareça na pendência de projeto de lei pertinente.⁸⁶ Como visa proteger direitos subjetivos cujo exercício encontra-se obstado em razão de omissão regulamentar, os legitimados para propositura da ação são os titulares das posições subjetivas prejudicadas,⁸⁷ seja pessoa física ou jurídica, entidades de classe, associações ou sindicatos. A legitimidade desses últimos foi definida pelo Supremo, sob a liderança intelectual do ministro Moreira Alves, no importante julgamento da Questão de Ordem no Mandado de Injunção nº 107.⁸⁸ O Tribunal assentou a aplicação analógica, ao mandado de injunção, da legislação constitucional e infraconstitucional⁸⁹ e da jurisprudência pertinentes ao mandado de segurança.⁹⁰ Dessa forma, admitiu-se a impetração do *mandado de injunção coletivo*,⁹¹ sendo possível a figura da substituição processual por organização sindical, entidade de classe ou associação (artigo 5º, inciso LXX, alínea *b*, da Carta).

⁸⁴ STF – Pleno, MI – QO 107. Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21/09/1990, p. 34: “(...) como deflui dos artigos 102, I, g, e 105, I, h, a competência para o processamento e julgamento originários do mandado de injunção é fixada ratione personae, ou seja, em razão da condição dos Poderes, órgãos, entidades ou autoridades a que seja imputada a omissão regulamentadora, (...)”.

⁸⁵ “Uma vez editada a lei em relação à qual restou apontada omissão, tem-se a perda de objeto do mandado de injunção. (...)” (STF – Pleno, MI 575 AgR/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 26.02.1999)

⁸⁶ “(...) II. Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade. A mora - que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa -, e de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário a efetividade da lei fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar. (...)” (STF – Pleno. MI 361/RJ, Rel. Conv. p/ Ac. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 17.06.1994)

⁸⁷ “Somente tem legitimidade ativa para a ação o titular do direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência da norma infraconstitucional regulamentadora.” (STF – Pleno. MI 595-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 23/04/1999).

⁸⁸ STF – Pleno, MI – QO 107, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 02/08/1991.

⁸⁹ “(...) Assim fixada a natureza desse mandado, e ele, no âmbito da competência desta corte - que está devidamente definida pelo artigo 102, I, “q” -, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. (...)” (MI 107 – QO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21/09/1990).

⁹⁰ “I. Não cabimento de agravo regimental contra decisão do relator que defere ou indefere a medida liminar em mandado de segurança. Aplicabilidade quanto ao mandado de injunção. II. Agravo regimental não conhecido”. (STF – Pleno. MI 195 MC-AgR., Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31/08/1990).

⁹¹ Com efeito, a possibilidade da impetração coletiva, segundo o STF, decorre da aplicação analógica da disciplina constitucional do mandado de segurança: “MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da Constituição; legitimidade, no caso, entidade

Quanto à legitimidade passiva, em linhas gerais, havia três posições: (i) seriam legitimados a autoridade ou órgão público omissos e, em litisconsórcio necessário, a parte privada ou pública que deverá suportar o ônus caso venha a ser realizada a regulamentação faltante; (ii) seria legítima apenas a parte privada ou pública que deverá cumprir com as obrigações decorrentes da regulamentação omitida; (iii) seriam legitimados tão-somente a autoridade ou órgão público omissos na regulamentação exigida constitucionalmente.⁹² Inicialmente, foi adotada pelo Supremo a terceira posição por coerência com o caráter exclusivamente mandamental da sentença. Todavia, na medida em que o Tribunal, como demonstro a seguir, passou a adotar a eficácia constitutiva da sentença no mandado de injunção, a segunda posição passou a prevalecer.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, inicialmente, não poder formular diretamente a norma faltante para preenchimento de lacuna normativa inconstitucional, na hipótese de omissão legislativa total, mesmo em sede de mandado de injunção. Isso foi decidido no primeiro ano de vigência da Constituição e prevaleceu durante quase dezoito anos. A Corte limitava-se a *declarar* a mora e *dar ciência* ao legislador para, e apenas este, suprir a omissão inconstitucional. Foi sob a liderança intelectual de Moreira Alves,⁹³ no importante julgamento da Questão de Ordem no MI 107,⁹⁴ que a Corte decidiu serem inadmissíveis decisões com caráter *constitutivo* em sede de mandado de injunção.⁹⁵ Em síntese, para Moreira Alves, o Supremo não poderia suprir diretamente a lacuna porque:

sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, tem interesse comum na eficácia do art. 192, par. 3º, da Constituição, que fixou limites aos juros reais. (...)” (STF – Pleno. MI 361/RJ, Rel. Conv. p/ Ac. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 17.06.1994). No mesmo sentido: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite legitimidade ativa ad causam aos sindicatos para a instauração, em favor de seus membros ou associados, do mandado de injunção coletivo.” (STF – Pleno. MI 102, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 25/10/2002); “Entidades sindicais dispõem de legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção coletivo, que constitui instrumento de atuação processual destinado a viabilizar, em favor dos integrantes das categorias que essas instituições representam, o exercício de liberdades, prerrogativas e direitos assegurados pelo ordenamento constitucional.” (STF – Pleno. MI 472, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 02/03/2001).

⁹² STF – Pleno, MI 323. Rel. Min. Moreira Alves, DJ 09/12/1994.

⁹³ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Mandado de injunção – A auto-aplicação do inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. In: LAFER, Celso; FERRAZ Jr., TÉRCIO SAMPAIO (coord.). **Direito, Política, Filosofia e Poesia. Estudos em homenagem ao Professor MIGUEL REALE no seu octogésimo aniversário.** São Paulo: Saraiva, 1992, p. 515/516.

⁹⁴ STF – Pleno, MI – QO 107, Rel. Min. Moreira Alves, j. 23/11/1989, DJU 02/08/1991.

⁹⁵ Sobre as críticas à essa postura de autorrestrrição judicial do Supremo, cf. SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário.** Op. cit., p. 740 et seq.; HAGE, Jorge. Controle judicial sobre as omissões normativas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, Andre Rufino do (org.). **A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166 et seq.; BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação. In: **Temas de Direito Constitucional.** Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 189 et seq.

- (i) o mandado de injunção seria inábil para viabilizar o exercício da maioria dos direitos, garantias ou prerrogativas constitucionais dependentes de regulação, seja porque o gozo de alguns desses direitos ou garantias depende de organização prévia de determinados serviços ou alocação de recursos, seja porque, em certas hipóteses, o Judiciário não possui “condições técnicas” para proceder à regulamentação, o que poderia acarretar casos de *non liquet*;
- (ii) há o perigo de decisões diferentes, todas de eficácia constitutiva, criarem regulamentações conflitantes sobre o mesmo tema;
- (iii) encerra a inviabilidade de proteção do exercício de direitos inerentes à soberania popular, pois esses direitos requerem regulamentação coletiva, e não individual;
- (iv) a coisa julgada entre as partes não poderia ser afastada ou modificada por regulamentação legal a ser implantada posteriormente;
- (v) se a formulação da norma faltante tivesse eficácia *erga omnes*, seria permitido no controle incidental o que não foi permitido no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade da omissão inconstitucional (artigo 103, § 2º, CF/88);
- (vi) a adoção de sentenças constitutivas no mandado de injunção não seria compatível com os princípios democrático, da legalidade e da separação de poderes.

O Supremo afastou esses óbices e deu uma virada no julgamento conjunto dos Mandados de Injunção n.ºs 670, 708 e 712,⁹⁶ julgados em 25 de outubro de 2007 (citados na Introdução). Nessas ações, discutia-se a possibilidade de exercício do direito de greve dos servidores públicos, previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição, ante a ausência da lei exigida para regulamentação. Esse dispositivo constitucional reconhece o direito de greve, mas diz que o exercício deverá se dar “nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Decorridos quase vinte anos de vigência da Carta, a lei específica ainda não havia sido produzida. O Supremo, em diversas oportunidades, já havia enfrentado o tema, tendo sempre se recusado a corrigir o vácuo legislativo. A Corte sempre se limitou a declarar a mora e a dar ciência ao Poder Legislativo para suprir a lacuna.⁹⁷

As primeiras decisões nesse sentido foram proferidas na metade da década de 90. Todavia, apesar dos “comunicados” do Supremo e passados mais de dez anos dessas decisões, o Congresso Nacional ainda não havia editado a lei. O estado de omissão contínua provocou

⁹⁶ STF – Pleno. MI 670-9/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Relator p/ ac. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ 30/10/2008; STF – Pleno. MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ 30/10/2008; STF – Pleno. MI 712-8/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJ 30/10/2008.

⁹⁷ STF – Pleno, MI 438, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 16/06/1995; STF – Pleno, MI 585. Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02/08/2002; STF – Pleno, MI 485. Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23/08/2002.

insegurança e prejuízos à população, haja vista a ausência de regramento do direito de greve dos funcionários públicos civis ter colocado constantemente em risco a continuidade de serviços públicos essenciais como saúde, educação, justiça, segurança pública, etc. O ponto alto foi a greve dos controladores de voo em todo o país no final do mês de março do ano de 2007. Nesse estágio de coisas e consequências, não se poderia mais justificar nem a inércia legislativa tão prolongada, nem mesmo a inércia do próprio Supremo em tomar uma atitude mais positiva, ativista, deixando de corroborar com o desprezo institucional à força normativa da Constituição.

Como disse o ministro Sepúlveda Pertence, em voto no MI 670/ES, “muitas vezes a demora do processo legislativo não é um problema de inércia, não é um problema de falta de vontade de legislar; é a impossibilidade política de chegar-se a uma fórmula aceita. E isso é do jogo democrático. E isso é, sobretudo, a grande virtude do processo legislativo democrático”, porém, prosseguiu, “há inércia e inércia”. Há inércia que, de tão persistente e abusiva, não se justifica em qualquer hipótese. Nesses casos, a Corte deve superar os bloqueios do processo legislativo os quais insistem em impedir o gozo de direitos constitucionais. Esse era exatamente o caso em 2007 diante do Supremo. O fator tempo, na realidade, o fator “excesso de tempo” sinalizava para atuação corretiva e legítima do Tribunal.

O Supremo formulou diretamente a norma faltante, mandando aplicar, por analogia, em favor dos servidores públicos civis, a legislação referente ao direito de greve do setor privado, a Lei 7.783/89, observadas as particularidades dos serviços públicos essenciais. Nos votos vencedores, salta aos olhos o fator principal da mudança de postura jurisdicional: o *tempo* de inércia persistente e abusiva do legislador. O ministro Gilmar Mendes, em voto no MI 670/ES, procurando afastar possíveis críticas de “protagonismo legislativo” pelo Tribunal, destacou que a excepcionalidade do caso, marcado pelo que Sepúlveda Pertence chamou em seu sucinto voto de inércia “abusiva e geradora (...) de uma anomia de relevo gritante”, justificaria a atuação positiva da Corte de modo a evitar o que se configuraria, àquela altura, “quase como uma espécie de ‘omissão judicial’”. Como disse Mendes, a “sistêmica conduta omissiva do Legislativo” na matéria tornava imperiosa a formulação de uma solução diferenciada em relação aos pronunciamentos anteriores da Corte.

Essa mudança de jurisprudência já havia sido proposta pelos ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso em 1994, quando votaram vencidos no MI 20/DF.⁹⁸ Contudo, nesses julgados de 2007, a Corte foi ainda mais além das propostas anteriores dos aludidos ministros.

⁹⁸ STF – Pleno, MI 20. Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/05/1994, DJ 22/11/1996.

Eles haviam defendido o poder de o Supremo formular a norma faltante para o caso concreto (decisão constitutiva-individual) e apenas para o caso concreto, o que já caracterizaria grande avanço em relação à postura judicial passiva da Corte capitaneada por Moreira Alves, mas ainda assim, um exercício ordinário de poder. Porém, em 2007, o Supremo decidiu criar a norma faltante não apenas em favor da parte demandante, mas para todos os conflitos e ações judiciais análogas. A decisão teve eficácia *erga omnes* e perduraria até o legislador regulamentar a matéria. Saímos da eficácia puramente declaratória diretamente para decisões de eficácia *constitutiva-geral*.

A evolução foi evidente e o ativismo judicial também, haja vista a atividade legiferante da Corte uma vez que não se limitou a resolver os casos concretos dos mandados julgados, mas foi além e decidiu com eficácia geral. O passo que o Tribunal deu foi realmente muito largo. A postura de decidir com eficácia *erga omnes* é, inegavelmente, o que há de mais ativista quanto ao tema da superação da omissão legislativa total. O Supremo transitou diretamente entre extremos, *sem escalas*,⁹⁹ e vem mantendo a nova posição em julgados posteriores sobre temas diferentes, onde igualmente se fez presente inércia legislativa persistente e injustificada, deixando claro ter a mudança de perspectiva institucional vindo para ficar.¹⁰⁰ Como abordo no Capítulo IV, dizer que as decisões são ativistas não significa dizer que foram ou são ilegítimas. Este juízo deve ser contextual e atender a fatores institucionais, políticos e sociais.

1.6.3 O controle judicial da omissão legislativa relativa

Enquanto em relação ao controle da omissão legislativa total houve a superação do dogma do legislador negativo na virada jurisprudencial quanto ao mandado de injunção, o controle da omissão legislativa relativa ainda é uma questão em aberto. Os casos de concessão legal de benefícios transgressora do princípio da isonomia são paradigmáticos nesse sentido: o ponto é o de resolver se, diante de discriminação deste tipo, o Supremo pode corrigir a lei por meio de *sentenças aditivas*, típicas da Corte Constitucional italiana,¹⁰¹ adicionado significados à lei para estender o benefício ao grupo desprestigiado, ou se deve se limitar a reconhecer a

⁹⁹ Criticando também este outro extremo de postura, cf. HAGE, Jorge. Controle judicial sobre as omissões normativas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, Andre Rufino do (org.). **A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. Op. cit., 2010, p. 169.

¹⁰⁰ STF – Pleno. MI 758, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/07/2008, DJ 26/09/2008; STF – Pleno. MI 788, Rel. Min. Carlos Britto, j. 15/04/2009, DJ 08/05/2009.

¹⁰¹ O exame das sentenças aditivas será realizado no Capítulo IV.

inconstitucionalidade da norma, apenas declarando nula a concessão do benefício por quebra de isonomia, diante da impossibilidade de atuar como *legislador positivo*.

Presente omissão relativa da lei, o Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente, não cogitava a possibilidade de integração normativa, restringindo o campo de possibilidades decisórias ao binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade. Em julgamentos mais antigos, sob a liderança intelectual de Moreira Alves e já durante a vigência da Constituição de 1988, a Corte, em constatar a violação à isonomia, adotava atitude única: julgar inconstitucional e declarar nula a norma concessiva do benefício, considerando juridicamente impossível a extensão aos discriminados.¹⁰² O Supremo recusava-se a admitir a construção de sentenças aditivas de significados normativos e assim decidiu em outras oportunidades.¹⁰³

Porém, a recente proliferação de decisões claramente inovadoras da ordem jurídica, inclusive em nível constitucional, suscitou o debate sobre a possível revisão de tal postura. A questão foi seriamente posta em discussão no RE 405.579/PR,¹⁰⁴ e foi tratada menos como dogma e mais como algo a requerer reflexão em torno das modernas técnicas de interpretação constitucional e de decisões de inconstitucionalidade. Neste caso, estava em julgamento acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região por meio do qual foi concedido, com fundamento na isonomia tributária do artigo 150, inciso II, da Constituição, mandado de segurança para estender à empresa importadora de pneus benefício fiscal do imposto de importação previsto no artigo 5º, § 1º, inciso X, da Lei nº 10.182/2001, estabelecido exclusivamente em favor de fabricantes e montadoras de veículos.

No dispositivo legal foi concedida redução do imposto incidente na importação, dentre outras mercadorias, de pneus, em favor de empresas montadoras e fabricantes de veículos. O benefício fiscal não foi limitado aos pneus a serem empregados no processo produtivo de veículos, atividade exclusiva das empresas beneficiadas, mas extensível a pneus destinadas “ao mercado de reposição”, atividade que não é exclusiva das montadoras e fabricantes de veículos, mas também exercida por importadoras, distribuidoras e varejistas de pneus. A lei, no que foi estabelecido o alcance do benefício para os pneus destinados ao mercado interno de reposição, acabou beneficiando um grupo de contribuintes – montadoras e fabricantes de veículos – em detrimento de outro – importadoras, distribuidoras e varejistas de pneus – igualmente merecedor do benefício no tocante ao comércio interno de pneumáticos. A

¹⁰² STF – 1ª T., RE 196.590/AL, Rel. Min. Moreira Alves, j. 16/04/1996, DJ 14/11/1996.

¹⁰³ STF – Pello, AgRg-EDv-AgRg em AI 153.334, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23/02/1996; STF – 2ª T., RE 191.526/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/05/1997; STF – 2ª T., AgRg-RE 370.590, Rel. Min. Eros Grau, DJ 16/05/2008; STF – 2ª T., AgRg-AI 360.461, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/03/2008.

¹⁰⁴ STF – Pleno. RE 405.579/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 01/12/2010, DJ 04/08/2011.

violação ao princípio da isonomia tributária, assim como à livre concorrência, apresentava-se evidente.

A 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu a ofensa ao princípio da isonomia e estendeu o benefício fiscal à empresa demandante.¹⁰⁵ No Supremo, o relator do recurso extraordinário da União, ministro Joaquim Barbosa, deu provimento ao recurso, seguindo a linha argumentativa de autolimitação decisória da Corte, afirmando que a extensão judicial do benefício fiscal importaria violação ao princípio da separação de poderes e extrapolação do papel institucional do Supremo como legislador negativo.¹⁰⁶ Eros Grau e Cezar Peluso acompanharam a decisão do relator, embora dando mais ênfase à inexistência de quebra da isonomia, ao passo que Ayres Britto, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes foram favoráveis à tese do contribuinte.

Marco Aurélio destacou a quebra da isonomia como motivo suficiente para a correção pela Corte. Ayres Britto disse se tratar da possibilidade de “modulação material do texto normativo”, o que se daria por via da “potencialização teleológica do texto” e não por meio de sentenças aditivas. Lewandowski viu, na desigualdade concorrencial, razão para a atuação mais ativista da Corte. Gilmar Mendes propôs, abertamente, a objeção à doutrina do legislador negativo. Em extenso voto, reproduzindo considerações doutrinárias anteriores,¹⁰⁷ Gilmar Mendes advertiu que o uso de decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma, ou seja, *decisões manipulativas dos sentidos normativos*, constitui a única solução adequada para as cortes constitucionais poderem enfrentar as inconstitucionalidades concretas, como a do caso julgado, sem terem que recorrer a “subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total”, ou, se assim exigirem a segurança jurídica e o interesse social, “a opção pelo mero não-conhecimento da ação”.

O ministro destacou ainda, tendo em mente a atuação jurisprudencial das Cortes Constitucionais alemã e italiana, ser cada vez mais comum o uso de técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos no direito comparado, por meio das quais os Tribunais têm, progressivamente, se afastado do binômio composto pelas “soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a conseqüente declaração de constitucionalidade”, e caminhado na direção de decisões criativas que acabam por manipular tanto o conteúdo normativo quanto os efeitos no tempo das decisões. Destacou Gilmar Mendes serem os casos de ofensa ao princípio da

¹⁰⁵ TRF 4ª R. – 1ª T., AMS 2002.70.08.000943-7, Rel. Des. Fed. Wellington Mendes de Almeida, DJ 28/05/2003.

¹⁰⁶ A medida cautelar: STF – 2ª T., AC 102/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 31/10/2003.

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 380 et seq.

isonomia, como as hipóteses de omissão parcial inconstitucional do legislador resultante em “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”, exemplos de problemas que requerem algo diverso das soluções ortodoxas, portanto “que não podem ser resolvidos mediante simples declaração de nulidade”, exigindo o desenvolvimento decisório mais criativo por parte do Tribunal.

Com essas considerações, Gilmar Mendes concluiu ser a hipótese de utilização de decisão manipulativa de efeitos aditivos, estendendo o benefício contemplado aos contribuintes em situação equivalente às fabricantes e às montadoras. Em 1º/12/2010, a Corte encerrou o julgamento com os votos dos ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ellen Gracie. Os juízes deram razão à União Federal, assim vencedora do litígio: as ministras, por não terem vislumbrado quebra da isonomia no caso concreto; o ministro, enfatizando, na linha do voto anterior de Joaquim Barbosa, a impossibilidade de a Corte, em razão das limitações de atuação como legislador negativo, preencher diretamente a lacuna ilícita por meio da extensão do benefício fiscal incompatível com a isonomia.

A análise dos votos da maioria formada em favor da União Federal não permite dizer, com certeza, ter sido o rechaço à possibilidade de a Corte atuar como legislador positivo nesses casos o argumento vencedor. Mais parece não ter a maioria vislumbrado quebra da isonomia no caso concreto, afastando a própria interpretação da lei federal feita pelo TRF da 4ª Região. A ementa do julgado diz que “sob o pretexto de tornar efetivo o princípio da isonomia **tributária**, não pode o Poder Judiciário estender **benefício fiscal** sem que haja previsão legal específica”. Porém, essa foi a manifestação expressa apenas pelos ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli e, em uma medida muito superficial, por Cezar Peluso. Isso significa, no meu ponto de vista, que a manifestação de ativismo judicial nesse campo é ainda uma questão à espera de uma definição pela Corte.¹⁰⁸

1.7 Os limites da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Apesar do avanço, em alguns importantes pontos, da atuação do Supremo no controle de constitucionalidade da omissão legislativa inconstitucional, o Tribunal ainda está preso a concepções tradicionais e ortodoxas no que se refere ao tema. Em importantes decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e mandados de injunção, o Tribunal vinculou, exatamente como faz a doutrina tradicional, a ocorrência de omissão

¹⁰⁸ Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional. **Direito Público** Ano VIII, nº 42, Nov-Dez 2011, p. 47/83.

legislativa a um determinado tipo de enunciado constitucional, aquele de eficácia limitada e por meio do qual é emanada ordem expressa de legislar. Em diferentes julgados, o Supremo Tribunal Federal, por meio de seus mais importantes ministros, tem consagrado essa posição, negando o cabimento de mandado de injunção ou de ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação às “normas constitucionais autoaplicáveis” ou de “eficácia plena e aplicabilidade imediata”.¹⁰⁹ Todos os julgados relatados nos tópicos anteriores envolveram normas constitucionais de eficácia limitada contendo ordens específicas de legislar.

Para os ministros, os enunciados constitucionais ditos de eficácia limitada, porque marcados pela incompletude estrutural, seriam os que reclamam a atuação integrativa, obrigatória e indispensável, do legislador, de forma que apenas esses podem gerar a omissão legislativa inconstitucional.¹¹⁰ Essa perspectiva estreita das hipóteses de omissão legislativa inconstitucional é muito bem representada nas palavras do ministro Celso de Mello, em decisão monocrática por meio da qual não conheceu de mandado de injunção:

O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado quando também existir simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público.¹¹¹

Como se vê, o Supremo faz eco à doutrina tradicional brasileira e restringe a configuração da omissão legislativa inconstitucional e, por conseguinte, o exercício do controle de constitucionalidade desse vício, a uma análise da estrutura e da tipologia dos enunciados constitucionais em jogo. Esse reducionismo semântico-estrutural da configuração da omissão legislativa inconstitucional, que tanto se mostra problemático para a efetividade dos direitos fundamentais, padece de equívocos injustificados. Aumentar a defesa da efetividade dos direitos fundamentais em face das omissões estatais, máxime a legislativa, apenas pode ter início com a revisão dos pressupostos de configuração da

¹⁰⁹ Entre outros: “À exceção do preceito do § 3º, o teor do artigo 8º do Ato das Disposições Transitórias da Lei Fundamental veio à balha com eficácia plena, sendo imprópria a impetração de mandado de injunção para alcançar-se o exercício de direito dele decorrente.” (STF – Pleno. MI 626, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14/03/2001, DJ 18/06/2001); “É impróprio o uso do mandado de injunção para o exercício de norma constitucional autoaplicável”. (STF – Pleno. MI 97-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 01/02/1990, DJ 23/03/1990).

¹¹⁰ STF, MI 642/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/08/2001, DJ 14/08/2001 (decisão monocrática): “Na verdade, o mandado de injunção busca neutralizar as conseqüências lesivas decorrentes da ausência de regulamentação normativa de preceitos constitucionais revestidos de eficácia limitada, cuja incidência - necessária ao exercício efetivo de determinados direitos neles diretamente fundados - depende, essencialmente, da intervenção concretizadora do legislador”.

¹¹¹ STF, MI 642/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/08/2001, DJ 14/08/2001.

inconstitucionalidade das omissões. Essa revisão inclui ampliar os pressupostos da omissão inconstitucional para alcançar problemas de “falhas estruturais”. Demonstrar os equívocos da doutrina tradicional e propor a revisão do tema é o que pretendo fazer no Capítulo seguinte.

2 OS EQUÍVOCOS E INSUFICIÊNCIAS DA DOUTRINA TRADICIONAL BRASILEIRA – A TUTELA DEFICIENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

2.1 A necessidade de revisão da concepção tradicional

A visão tradicional da omissão legislativa inconstitucional, descrita no Capítulo anterior, mesmo sendo importante pontapé inicial do tema, precisa ser revista e ampliada. A omissão legislativa é vício a implicar atuação incompleta de qualquer dispositivo da Constituição, não podendo a estrutura semântica dos enunciados constitucionais ser critério exclusivo de sua identificação. A transformação dos enunciados normativos em realidade concreta envolve limitações, obstáculos fáticos e variáveis, sociais e institucionais, que podem afetar, em diferentes medidas, diversos dispositivos constitucionais de direitos fundamentais, e isso não dependente da expressão e da densidade semântica desses enunciados. Com efeito, a omissão legislativa inconstitucional é problema do processo de desenvolvimento da Constituição, e dos direitos nela reconhecidos, pelo legislador;¹¹² um problema de efetividade dos direitos fundamentais pelo Poder Legislativo, e essas circunstâncias, inequivocamente, extrapolam argumentos de ordem puramente semântico-estruturais.

Na realidade, essas circunstâncias negam seja a omissão legislativa vinculada apenas à configuração formal de dispositivos constitucionais particulares, à eficácia jurídico-formal desses enunciados e, principalmente, a classes específicas desses enunciados. Essas circunstâncias impõem seja a atenção do debate voltada à atuação real e concreta desses enunciados, ou seja, à “transformação” em *normas jurídicas* no âmbito da realidade social circundante. A preocupação teórica deve ser com a efetividade dos direitos fundamentais envolvidos, e não com a eficácia formal dos dispositivos constitucionais correspondentes. A preocupação maior deve ser com o projeto da Constituição¹¹³ como um todo, e não com dispositivos constitucionais específicos. Esses equívocos e insuficiências da doutrina tradicional e suas correlatas críticas serão sistematizados na sequência a fim de serem fixados

¹¹² Importante posição é defendida por Amartya Sen, que apresenta uma postura cética quanto a confiar o potencial de efetividade dos direitos humanos apenas à legislação, destacando a importância do foco sobre a discussão pública para o reconhecimento, realização e avanço dos direitos humanos; cf. SEN, Amartya. Human rights and the limits of the Law. **Cardozo Law Review** Vol. 27 (6), 2006, p. 2.916: “(...) direitos humanos são mais bem vistos como articulações de ética social”.

¹¹³ BALKIN, Jack. **Constitutional Redemption. Political Faith in an Unjust World**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

outros critérios, de ordem material, para a identificação da omissão legislativa inconstitucional.

Ademais, é chegada a hora de assumir a possibilidade de identificar-se a omissão inconstitucional do Estado não como inércia legislativa ou como inércia administrativa, uma coisa ou outra. Na Constituição, ao tratar-se do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi reconhecido que ocorre omissão inconstitucional em ambos os casos. Por sua vez, o dia a dia dos direitos fundamentais revela que a proteção deficiente desses, a encerrar omissão estatal inconstitucional, pode originar-se da falta de coordenação entre lei e ação administrativa, culminando na deficiência de políticas públicas. Trata-se da omissão inconstitucional em razão de falhas estruturais. Este é o segundo passo para se chegar ao estado de coisas inconstitucional. A seguir, apresento os dois pontos: as razões para revisão dos pressupostos de configuração da omissão legislativa inconstitucional e a possibilidade da omissão ser originária de um quadro de falhas estruturais.

2.2 A questão é de atuação da *norma constitucional*, não de estrutura dos enunciados normativos

O primeiro grande pecado da doutrina tradicional da omissão legislativa é a atenção exclusivamente dirigida aos enunciados normativos como objeto do processo de interpretação e aplicação da Constituição. Isso revela cegueira com relação à norma constitucional como resultado desse mesmo processo. A doutrina tradicional tem procurado uma equivocada e insuficiente identidade absoluta entre o juízo de necessidade da intervenção legislativa para a realização dos direitos fundamentais e as expressões e estruturas semânticas dos dispositivos constitucionais correspondentes. Conforme crítica feita por um contraditório Canotilho, essa “análise gramatical” restringe o alcance das “imposições constitucionais” que vinculam a atuação do legislador, não permitindo sejam essas identificadas “‘fora’ da semântica do texto, acabando por identificar preceito e imposição”.¹¹⁴

Gramaticalmente, a omissão legislativa inconstitucional apenas pressuporia aqueles enunciados constitucionais tipificados como de eficácia limitada, não-autoaplicáveis e contendo ordens específicas de legislar. Mas a *atuação concreta* das outras espécies de enunciados constitucionais de direitos fundamentais revela ser esse campo de *imposição constitucional de legislar* muito mais amplo. A doutrina tradicional ignora ser a efetividade

¹¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Op. cit., p. 302.

dos direitos fundamentais dependente mais das circunstâncias fáticas de aplicação do que das estruturas textuais mediante as quais são formulados. Sem embargo, os processos de interpretação e aplicação de muitos direitos fundamentais revelam, frequentemente, a necessidade da intervenção legislativa adequada para afastar limitações fáticas e permitir a atuação concreta desses direitos, não obstante os enunciados normativos correspondentes ostentarem estrutura semântico-estrutural do tipo “autoaplicáveis”.

Com efeito, a doutrina tradicional encerra vício metodológico a resultar em visão estreita, insuficiente e irreal sobre o tema, implicando o próprio enfraquecimento da proteção dos direitos fundamentais. Em acreditar ser o critério, suficiente para a possível configuração da omissão legislativa, a formulação abstrata dos enunciados normativos e limitar o alcance às chamadas “normas constitucionais de eficácia limitada”, a doutrina tradicional deixa à margem dessa configuração relevantes casos de direitos fundamentais, especialmente liberdades fundamentais. Tal construção teórica potencializa a defesa insuficiente, judicial e legislativa, de direitos fundamentais. Exemplo gritante das consequências indesejadas desse equívoco metodológico pode ser encontrado no seguinte trecho do autor André Vicente Rosa:

Desde o ponto de vista da eficácia das normas constitucionais, que aqui nos interessa diretamente, se pode dizer (...) que se dividem em *normas de eficácia direta* e *normas de eficácia indireta*. As primeiras, pela própria natureza de seus enunciados, contêm em si mesmas todos os elementos necessários para que o aplicador constitucional possa (e deva) utilizá-los diretamente. Aqui, portanto, não cabe falar de omissão legislativa. (...) Neste caso, a inconstitucionalidade se origina pela omissão do operador jurídico e não pela do legislador. As normas que estabelecem os direitos fundamentais de liberdade são os exemplos mais típicos desta espécie de normas.¹¹⁵

Ao contrário do defendido pelo aludido autor, a omissão legislativa inconstitucional pode, sim, pressupor enunciado normativo constitucional de direitos fundamentais do tipo “eficácia normativa plena e aplicabilidade imediata”, e isso porque a atuação concreta desses enunciados não é um *a priori*, denunciado simplesmente por elementos semânticos, mas é modelada e condicionada pelas limitações fáticas e institucionais envolvidas nos processos de concretização. São graves os equívocos da doutrina tradicional em não distinguir ontologicamente “enunciado normativo” – o fragmento do texto constitucional a ser interpretado – e “norma jurídica” – o comando normativo resultado do processo de interpretação do texto normativo – e em não relacionar a omissão legislativa inconstitucional

¹¹⁵ ROSA, André Vicente Pires. **Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 163-164.

à deficiência ou insuficiência da atuação da segunda. Há de se ter conta essa distinção para o fim de identificar-se, realisticamente, a figura da omissão legislativa inconstitucional.

A teoria analítica da interpretação não deixou escapar as diferenças. Para Riccardo Guastini, o texto normativo é o objeto da interpretação, enquanto o conteúdo de significado do texto é a norma, o produto da atividade interpretativa: “diremos ‘disposição’ todo enunciado pertencente a uma fonte do direito”; “diremos ‘norma’ (não a disposição mesma, mas o seu conteúdo de sentido) o seu significado, que é uma variável dependente da interpretação.”¹¹⁶ O texto interpreta-se e aplica-se em seu contexto fático, político e social, em uma relação de reciprocidade entre enunciado normativo e realidade social, de forma a não ser possível, ao contrário, equivocando, antecipar a efetividade da “norma” apenas a partir da forma como “enunciada” na Constituição. O texto normativo é o ponto de partida da interpretação e da aplicação, mas não encerra o seu próprio significado, muito menos as condições necessárias para a sua efetividade. A mesma ideia pode ser encontrada em Friedrich Müller:

A nova direção que tem tomado a hermenêutica jurídica tem levado a destacar (...) a realidade fundamental da diferença entre norma e texto da norma. O teor literal de uma prescrição de Direito positivo resulta ser tão-só a ‘ponta do iceberg’. (...) Tampouco o ‘conteúdo’ de uma prescrição jurídica, isto é, os *impulsos ordenadores, reguladores e modeladores* que procedem dela (porque publicados, comunicados, transmitidos, aceitos e obedecidos), se encontra ‘presente’ substancialmente no teor literal. Nem pode formular-se por este a não ser de modo simplesmente linguístico, nem representar-se senão à maneira própria da linguagem”.¹¹⁷

Em interpretar e aplicar um enunciado normativo¹¹⁸ abstratamente autoaplicável e fazer atuar a norma jurídico-constitucional correspondente, podem surgir obstáculos e necessidades organizacionais que exijam a intermediação e coordenação do legislador como sujeito político mais democraticamente legitimado e institucionalmente capacitado para criar as condições necessárias e essenciais para o pleno gozo dos respectivos direitos fundamentais. A falta dessas condições institucionais, em decorrência da inércia ou atuação insuficiente do legislador, prejudicará a atuação concreta das normas constitucionais, caracterizando a

¹¹⁶ GUASTINI, Riccardo. **Le Fonti del Diritto e L’Interpretazione**. Milão: Giuffrè, 1993, p. 325

¹¹⁷ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabajo del Derecho Constitucional**. Trad. de Salvador Gómez de Arteche y Catalina. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 235-237.

¹¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. Vol. I. 10ª ed., Salamanca: Ediciones Sígueme, 2003, p. 378-380: “(...) compreender é sempre interpretar, e em consequência a interpretação é a forma explícita da compreensão. (...) nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não só o da compreensão e interpretação, senão também o da aplicação. (...) a aplicação é um momento do processo hermenêutico tão essencial e integral como a compreensão e a interpretação. (...) Uma lei não pode ser entendida historicamente senão que a interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. (...) Compreender é sempre também aplicar.”

omissão legislativa inconstitucional independentemente de elementos puramente semântico-estruturais terem, apenas a princípio e formalmente, dispensado a atuação legislativa. A estrutura semântica do enunciado constitucional nunca será garantia do implemento do direito fundamental enunciado.

Como leciona, novamente, Friedrich Müller, de modo fatal à doutrina tradicional da omissão legislativa inconstitucional, a norma jurídica constitucional “não é nenhum ‘juízo hipotético’ que possa isolar-se do âmbito de sua regulação” ou que possa se sobrepor “por via de autoridade à realidade de fato”. A realização dessas normas envolve sempre elementos “normativos” e “empíricos”, de modo que a concretização do Direito Constitucional não pode pressupor “Direito” e “realidade” como “duas entidades subsistentes por si mesmas e independentes uma da outra. A ordem e o ordenado por ela são momentos ativos, com eficácia por princípio equivalente, de um concretizar a norma, e só até certo ponto podem distinguir-se entre si”.¹¹⁹ A realidade envolvente aos enunciados constitucionais impõe seja o problema da implementação de direitos indiferente à estrutura normativa relacionada. Na realidade, a condicionalidade da realidade fática à implementação não é contornada, como elemento a posteriori, pela escolha a priori do constituinte quanto as estruturas normativas.

A relação entre o enunciado normativo e a realidade de sua aplicação (a atuação concreta da norma), tal como explicada acima pelo jurista alemão, acusa em definitivo a falácia da doutrina tradicional em afastar aprioristicamente a possibilidade de omissões legislativas inconstitucionais diante de normas constitucionais classificadas como de eficácia plena. Independentemente da configuração semântica do dispositivo constitucional como sendo autoaplicável, sua realização concreta como norma jurídica pode não ser alcançada sem a intervenção legislativa e isso não é algo definido aprioristicamente ou se encontra pré-estabelecido no “programa da norma”. Esse aspecto normativo será revelado quando do encontro do preceito jurídico com o “segmento da realidade” por ele regulado.¹²⁰ A doutrina tradicional parece cega à essa relação entre enunciado normativo e realidade material e à correlata condicionante metodológica.

Fazendo referência à Lei Fundamental alemã, Peter Häberle foi bastante preciso sobre a relevância particular da atuação legislativa para tornarem-se realidades os direitos fundamentais. De acordo com o autor, a análise detalhada de cada uma das disposições constitucionais referentes a direitos fundamentais releva “todas elas – se bem de modo

¹¹⁹ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabajo del Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 243.

¹²⁰ Trata-se de expressões conhecidas de MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabajo del Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 241.

diferente em função da singularidade de cada uma – serem suscetíveis e estarem necessitadas de limitação legislativa, por um lado, e de conformação e precisão de conteúdo pela lei, por outro lado”. Desse modo, a garantia dos direitos fundamentais adquire duplo conteúdo: implicam proibição ao legislador de violar os direitos; e contêm um “mandato dirigido ao legislador para que este conforme cada direito fundamental em particular”. A conformação dos direitos reveste-se, portanto, de “um encargo jurídico-constitucional para o legislador”.¹²¹ Sem fazer distinção considerada a estrutura normativa dos direitos, Häberle ressalta a imprescindibilidade da atuação legislativa como mediadora entre a Constituição e a “realidade social”:

Não é difícil perceber que importância possuem as funções de limitação e conformação para o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e para os limites aos mesmos que sejam conforme a sua essência: o legislador que conforma os direitos fundamentais do modo descrito os dota de seu correspondente conteúdo essencial, ou seja, cria conjuntos de normas e institutos jurídicos concretos que pertencem à essência do correspondente direito fundamental ou (e) cria as condições para que cada um dos titulares do direito fundamental esteja em situação de fazer uso da essência de sua liberdade. Que a função do legislador esteja também essencialmente relacionada com a “interação” do Direito e a liberdade salta aos olhos.

[...]

A melhor forma para compreender a importância da função da legislação no âmbito dos direitos fundamentais é fazendo abstração dela. A pergunta seria então o que seriam dos direitos fundamentais sem a legislação. Se faltasse aos direitos fundamentais o subnível do ordenamento jurídico, hierarquicamente abaixo da Constituição, estes restariam sem eficácia, figurariam “no papel”. Os direitos fundamentais cujos limites não fossem concretizados pelo “ordenamento jurídico geral” e que não fossem conformados pelas normas criadas pelo legislador, quedariam condenados à insignificância. O direito fundamental, idealizado em norma constitucional, não pode, como tal, alcançar o objetivo constitucional de realização na vida social, sua “institucionalização”. Sem elas [as normas criadas pelo legislador ordinário], o direito fundamental não teria existência.¹²²

Ao condicionar a “vigência real” dos direitos fundamentais à atuação conformadora do legislador, em comparação ao “nível apenas ideal” dos direitos enquanto puros e simples enunciados normativos constitucionais, Peter Häberle dá inteira razão às críticas formuladas neste estudo quanto à necessidade de revisão da associação rígida e exclusiva da omissão legislativa inconstitucional à estrutura semântica dos dispositivos constitucionais sobre direitos fundamentais. A ausência de medidas legais implica, em qualquer hipótese, na “institucionalização incompleta” dos direitos estabelecidos na Constituição. Como primeiro

¹²¹ HÄBERLE, Peter. **La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003, p. 169.

¹²² Idem, *ibidem*, p. 170-171.

intérprete constitucional, o legislador inaugura o processo de realização dos direitos fundamentais, de forma que sua inércia, ao contrário e em diferentes medidas, poderá contribuir para a negação dos direitos e liberdades fundamentais.

Em síntese, a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a falta de condições materiais para o gozo dos direitos fundamentais no momento de atuação concreta da norma constitucional, mesmo se a estrutura semântica dos enunciados constitucionais não versarem, a princípio, a intermediação legislativa.¹²³ Trata-se de planos e momentos normativos distintos, e o fenômeno da omissão legislativa inconstitucional deve vincular-se ao momento de atuação concreta das normas jurídico-constitucionais. Desse modo, a inércia ou a insuficiência do legislador no estabelecimento das condições necessárias, até mesmo imprescindíveis, diante de contextos sociais e institucionais particulares, para o gozo dos direitos fundamentais configuram inação legislativa inconstitucional, passível de correção ou superação judicial, também nos casos de “normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata”.

2.3 O problema é de *efetividade* de direitos fundamentais, não de *eficácia jurídico-formal* dos dispositivos constitucionais

Relacionada muito de perto com a crítica anterior, na verdade, sendo daquela conseqüência lógica, é de se acusar não poder a omissão legislativa inconstitucional ser identificada, simplesmente, com a eficácia jurídico-formal dos dispositivos constitucionais. Deve ser relacionada com a efetividade – na realidade, com a falta de efetividade – dos direitos fundamentais. É com a realização concreta dos direitos fundamentais, a ser alcançada pela atuação adequada da correspondente norma constitucional, que o Estado, a começar pelo Poder Legislativo, está comprometido de forma irrenunciável e incontornável. Com efeito, a ausência estatal ou a atuação incompleta em favor dos direitos fundamentais sempre configurarão grave violação à Constituição e, diga-se mais uma vez, isso poderá ocorrer independentemente da eficácia jurídico-formal dos dispositivos constitucionais envolvidos.

¹²³ Francisco Fernández Segado, El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas. Algunas cuestiones domáticas, **Estudios Constitucionales**, Ano 7, Nº 2, 2009, p. 20, ressalta que “a busca das fontes do dever de legislar não pode, sem embargo, quedar estritamente circunscrita a uma visão que se limite a atender a heterogênea tipologia das normas constitucionais, extraindo este dever que recai sobre o poder legislativo tão somente da estrutura e configuração da norma constitucional”. Contudo, em outras passagens de seu texto, descritas no Capítulo anterior, se contradiz ao excluir, de antemão, a possibilidade de configurar-se a omissão legislativa de normas constitucionais autoaplicáveis, o que significa endossar, apesar da advertência, a identificação meramente formal das omissões legislativas.

A doutrina tradicional, no tocante aos direitos fundamentais reconhecidos em enunciados normativos ditos autoaplicáveis, confunde os planos da existência desses direitos com o da efetividade. Para a corrente tradicional, em “existindo” esses direitos em normas constitucionais que estruturalmente “bastam por si mesmas”, a omissão legislativa não poderia ocorrer, cabendo o ônus da efetividade desses direitos aos demais intérpretes/aplicadores da Constituição, mas não ao legislador. Como disse André Vicente Pires Rosa, nesses casos, “a inconstitucionalidade se origina pela omissão do operador jurídico e não pela do legislador”.¹²⁴ É como se o caráter autoaplicável desses enunciados servisse de “salvo-conduto” no caso de o legislador se manter inerte mesmo na hipótese de fracasso da realização concreta dos direitos fundamentais. Assim, a doutrina tradicional minimiza ou mesmo exclui a responsabilidade do legislador pela realização de parte essencial, fundante do projeto constitucional de 1988.

Dois pontos importantes acabam sendo desprezados pela doutrina tradicional: a relevância superior dos direitos fundamentais para as ordens constitucionais contemporâneas e a preocupação com a realização prática desses direitos. Ao focar a atenção sobre o texto constitucional em sua dimensão formal, a doutrina tradicional, mesmo sem pretender, coloca os direitos fundamentais em segundo plano. Em fixar como critério da omissão a eficácia jurídico-formal dos enunciados constitucionais, a doutrina tradicional minimiza os problemas de efetividade dos direitos fundamentais o que equivale a retirar a realização prática desses direitos do centro do constitucionalismo contemporâneo. Mais relevante para a configuração da omissão legislativa inconstitucional não seria a realização concreta dos direitos e sim a identificação teórica da eficácia dos enunciados constitucionais aplicáveis. A doutrina tradicional precisa ser revista, neste ponto, em favor da relevância superior dos direitos fundamentais e da efetividade desses direitos.

Na feliz afirmação de Paulo Gustavo Gonet Branco, “o avanço que o direito constitucional apresenta hoje é o resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradas dessas pretensões”.¹²⁵ O sucesso das constituições contemporâneas não está atrelado a um modelo semântico ou estrutural particular, e sim à consagração de valores humanos, historicamente reconhecidos e conquistados, como normas constitucionais centrais. Todas as normas constitucionais giram

¹²⁴ ROSA, André Vicente Pires. **Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional**. Op. cit., p. 164.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 153.

em torno das normas constitucionais sobre direitos fundamentais. Esta é a maior conquista do constitucionalismo contemporâneo, cabendo aos poderes constituídos, em igual medida, dar sequência e avançar essas conquistas.

Assentando possível intercâmbio terminológico entre os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, Perez Luño formulou conceito para “direitos humanos”, utilizável também para “direitos fundamentais”, que dá conta da relevância histórica da posituação desses direitos nas constituições atuais:

[Direitos humanos são] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente a nível nacional e internacional.¹²⁶

Ao destacar a visão histórica dos direitos humanos e fundamentais, o que não se confunde com a *fundamentação historicista* dos direitos humanos, o autor reconhece a dinâmica desses direitos como conquistas progressivas das sociedades que, em diferentes momentos históricos, evoluem e se modificam em torno de valores universalmente aceitos como dignidade, liberdade e igualdade. Para Perez Luño, dignidade, liberdade e igualdade representam os três eixos fundamentais desses direitos, que os dotam de conteúdos de valores com pretensão de aceitação universal e atemporal. Em apontar o dever de posituação, o autor ressalta o dever de o Estado *realizar efetivamente* esses direitos. Significa dizer: para que não sejam meras proclamações ou promessas, o Estado deve dispor de técnicas de proteção e garantia desses direitos, quaisquer que sejam. Trata-se da preocupação com o momento de realização efetiva, de institucionalização completa dos direitos fundamentais.

Esse discurso institucionalista não equivale a negar a importância da justificação dos direitos. Segundo advertido por Eusebio Fernandez, há de se atentar para a fundamentação ética dos direitos fundamentais, segundo a qual “a origem e fundamento desses direitos nunca pode ser jurídica, senão prévia ao jurídico”, de forma que o Direito positivo não os cria, e sim atua para lhes assegurar plena efetividade.¹²⁷ O fundamento dos direitos humanos, segundo o professor espanhol, “não pode ser mais que um fundamento ético, axiológico ou valorativo, em torno de exigências que consideramos imprescindíveis como condições inescusáveis de

¹²⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 50.

¹²⁷ FERNANDEZ, Eusebio. Fundamento de los Derechos Humanos. **Anuário de Derechos Humanos** Vol. 1. Madrid: Universidad Complutense, 1981, p. 97-98.

uma vida digna, quer dizer, de exigências derivadas da ideia de dignidade humana.”¹²⁸ Os direitos fundamentais justificar-se-iam em princípios morais¹²⁹ prévios, isto é, seriam, originalmente, direitos morais.¹³⁰ Teriam, como destaca Habermas, as duas “faces de Jano que se voltam simultaneamente para a Moral e para o Direito”: justificam-se na moral e legitimam o ordenamento jurídico.¹³¹

Reconhecer essa qualidade dos direitos fundamentais só aumenta a importância da positivação desses direitos e do estabelecimento legislativo de instituições e mecanismos voltados à sua promoção e efetivação.¹³² Trata-se de prestar atenção à advertência feita por Bobbio, já há pouco mais de 50 anos, no sentido de, ao lado da preocupação com a justificação dos direitos fundamentais, nos preocuparmos mais com a efetivação desses direitos.¹³³ E essa preocupação deve alcançar as diferentes “gerações de direitos”. Como se sabe, a evolução dos direitos fundamentais está intimamente ligada à evolução das constituições desde os modelos liberais do século XVIII, passando pelas constituições sociais do início do século XX, e chegando às modernas constituições democráticas, promulgadas desde o fim da II Grande Guerra, depois da queda do Muro de Berlim e do fim da separação do mundo ocidental nos blocos capitalista e socialista.

Essa evolução, ao longo da história, deu lugar à terminologia “geração de direitos fundamentais”: “direitos de primeira geração”, “direitos de segunda geração”, e até “direitos de terceira geração”.¹³⁴ O termo “geração” não significa que ocorreram rupturas, e sim cumulação de direitos, verdadeiro processo de complementaridade, por meio do qual os direitos se aperfeiçoam, dando lugar a “novos direitos” erguidos sobre as mesmas bases

¹²⁸ Ibidem, p. 98.

¹²⁹ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 73: “Os direitos constitucionais são em última instância direitos morais, já que derivam de princípios que têm as propriedades de autonomia, finalidade, superveniência, publicidade, universalidade e generalidade. Estas são as características distintivas dos princípios morais”.

¹³⁰ NINO, Carlos Santiago. **Introducción al Análisis del Derecho**. 11ª ed. Barcelona: Ariel, 2003, p. 417: “Os ‘direitos individuais’ são os direitos morais que os homens têm não por certa relação especial com outros homens, nem por ocupar determinado cargo ou função, nem por certas particularidades físicas ou intelectuais, nem pelas circunstâncias em que um indivíduo pode encontrar-se, senão pelo fato de ser homens.”.

¹³¹ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.) **Direito & Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 72.

¹³² Robert Alexy, **Teoría del discurso y derechos humanos**, Bogotá: UEC, 2001, p. 94, fala em transformação necessária dos direitos humanos em direito positivo enquanto é necessário, de um modo geral, “ter direito positivo”.

¹³³ BOBBIO, Norberto. Presente y porvenir de los derechos humanos. **Anuário de Derechos Humanos** Vol. 1. Madrid: Universidad Complutense, 1981, p. 9: “Em 1964, no Encontro promovido pelo ‘Institut International de Philosophie’ sobre o ‘fundamento dos direitos humanos’, tive ocasião de dizer em tom um tanto peremptório, ao final de minha conferência, que o problema grave de nosso tempo em relação aos direitos humanos não era o de fundamentá-los, senão o de protegê-los. Desde então não tenho tido porque mudar de opinião”.

¹³⁴ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La Tercera Generación de Derechos Humanos**. Navarra: Aranzadi, 2006.

fundamentais (dignidade humana, liberdade, igualdade) e que se juntam aos “velhos direitos”, formando o todo ético-jurídico fundamental da sociedade. As gerações dos direitos humanos se distinguem uma das outras em razão dos novos contornos que ganham os valores fundamentais universais da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, e também da solidariedade, sendo assim positivados “novos direitos” (a nova geração) com novos contornos de acordo com o legislador constituinte histórico.

A omissão legislativa inconstitucional, como mais enfaticamente aponto adiante, diz com a deficiência de garantia desse “todo ético-jurídico fundamental da sociedade”, de modo que a proteção deficiente de direitos fundamentais, de quaisquer das gerações, pode ser um pressuposto da omissão. Os direitos de primeira geração, as liberdades fundamentais, são normalmente tidos como direitos de defesa, a exigir a abstenção do Estado de violá-los. No entanto, mesmo esses direitos requerem ações do Estado no sentido de protegê-los contra a violação por terceiros. Daí que, mesmo formuladas em clássicos enunciados constitucionais do tipo autoaplicáveis, as liberdades fundamentais podem precisar da tutela legislativa do Estado como meio de assegurar o seu gozo livre de ameaças e obstáculos de terceiros. Independentemente da eficácia formal dos enunciados constitucionais, a efetividade dessas liberdades fundamentais, assim como ocorre com os direitos sociais e econômico – direitos de segunda geração –, podem exigir prestações positivas do Estado-legislador.¹³⁵

Ante tal quadro, evidencia-se o quanto a doutrina tradicional peca pelo excesso de formalismo. O critério da eficácia jurídico-formal deve ser substituído por outro de inclinação mais material, que dê conta dessa abrangência de situações nas quais a efetividade, ou realização prática dos direitos fundamentais possa ser ameaçada. O imperativo constitucional de legislar, pressuposto necessário para a configuração da omissão legislativa inconstitucional, deve ser vinculado ao dever estatal geral de proteção dos direitos fundamentais. O critério de identificação da omissão legislativa deve, portanto, deslocar-se de considerações puramente formais, ligadas à heterogênea tipologia das normas constitucionais, teoreticamente construída a partir de elementos exclusivamente semânticos, para alcançar elementos materiais que prestem para avaliar os efeitos negativos da ação omissiva absoluta ou parcial do legislador sobre o exercício concreto dessas diferentes gerações de direitos

¹³⁵ “A liberdade dos cidadãos sob as relações atuais não estriba só em uma liberação da intervenção estatal. Uma configuração em liberdade e autonomia da própria existência depende muito mais de uma série de condições que não estão à disposição do indivíduo (...). Hoje em dia a dotação e a manutenção de tais condições constituem uma clara tarefa do Estado, que tem chegado a ser quem planeja, guia e configura, isto é, o Estado da *procura existencial* e da afirmação social”. (HESSE, Konrad. Significado de los Derechos Fundamentales. In: BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE e HEYDE. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 94)

fundamentais. Esses critérios materiais devem ser indiferentes à tipologia formal dos enunciados normativos.

A correção desse equívoco deve passar, sem dúvida, pela eleição da efetividade dos próprios direitos fundamentais como “fontes privilegiadas do dever de legislar, o que não é senão a resultante obrigatória do papel muito relevante que os mesmos cumprem no ordenamento constitucional.”¹³⁶ A relevância dos direitos fundamentais seria uma mera abstração sem a atuação adequada do legislador para assegurar o gozo efetivo. Daí porque a obrigação constitucional de legislar deve configurar-se como “dever de proteção” que o Estado-legislador deverá cumprir em defesa de bens e valores fundamentais como a vida, a liberdade, a dignidade, a integridade física, a honra.¹³⁷ E a existência desse dever de proteção, sem embargo, “é independente da natureza diretamente aplicável ou não da norma que consagra o direito constitucional”.¹³⁸ A correlação entre atuação legislativa e efetividade dos direitos fundamentais apenas pode ser compreendida adequadamente se substituídos os critérios formais da doutrina tradicional por outro de ordem material e que melhor assegure a realização prática desses direitos.

2.4 O escopo é a concretização da Constituição como um todo, não de preceitos constitucionais particulares

Ao exposto até aqui acrescenta-se outro equívoco: o reducionismo em identificar o dever constitucional de legislar com enunciados normativos específicos, portadores de ordens expressas de legislar. O campo de incidência da omissão legislativa inconstitucional fica assim bastante reduzido, condicionado à existência de dispositivos constitucionais particulares. A crítica em face do critério puramente semântico-estrutural da doutrina tradicional dirige-se agora a essa rígida identificação entre preceito específico e dever constitucional de legislar. Ao contrário do defendido pela doutrina tradicional, pode haver sim o dever de legislar mesmo se ausentes preceitos constitucionais específicos que encerrem mandatos expressos. O dever constitucional de legislar pode derivar até de direitos fundamentais implícitos, bem como da ideia de projeto constitucional representada, no Brasil, pelos fundamentos e objetivos dos artigos 1º e 3º da Constituição de 1988.

¹³⁶ A expressão é de SEGADO, Franciso. **La Justicia Constitucional. Una Visión de Derecho Comparado**. Op. cit., p. 615.

¹³⁷ Cf. SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: **Arquivos de Direitos Humanos** Vol. 4, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 91-98.

¹³⁸ SEGADO, Franciso. **La Justicia Constitucional. Una Visión de Derecho Comparado**. Op. cit., p. 618.

Como leciona o ministro Gilmar Mendes, “a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação.”¹³⁹ Isso significa que o dever constitucional de legislar, como pressuposto da omissão legislativa inconstitucional, não deve ser reduzido a ordens expressas contidas em dispositivos constitucionais específicos. A obrigação pode ser construída e modelada pelo intérprete constitucional, o qual deverá levar em conta o significado e a importância das normas constitucionais em jogo, assim como o âmbito da realidade social sobre a qual essas normas deverão incidir.¹⁴⁰ Ao se referir às “decisões fundamentais da Constituição” a serem “identificadas no processo de interpretação”, o ministro Gilmar Mendes, a toda evidência, defende aquilo que Canotilho chamou de “plano normativo-material” de identificação das imposições constitucionais de legislar¹⁴¹ – será a ordem constitucional objetiva dos direitos fundamentais a fonte primária do dever de legislar.

O caso do *mínimo existencial* é a melhor prova de como a omissão legislativa na garantia de direitos básicos pode ser tida por inconstitucional mesmo na ausência de qualquer dispositivo constitucional específico. Como leciona Ricardo Lobo Torres, o direito ao mínimo existencial é pré-constitucional, pré-estatal, inerente à condição humana digna, ancorado na ética, na felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana. Como diz o Mestre fluminense, a satisfação do direito ao mínimo existencial é condição inicial para o exercício da liberdade. Na visão de Lobo Torres, mesmo direitos sociais sem traço de fundamentalidade podem se metamorfosear em direitos fundamentais na dimensão do mínimo existencial. Para ele, tratar-se-ia de direitos a “*situações existenciais dignas*”: “só os direitos da pessoa humana, referidos a sua existência em condições dignas, compõem o mínimo existencial”. Em suma, trata-se de direito fundamental implícito cujo conteúdo é preenchido pelo que “é necessário à existência digna”.¹⁴²

Verificada a inexistência de políticas públicas, a começar por medidas legislativas, que impliquem a inobservância do mínimo existencial, estará configurada a omissão legislativa inconstitucional mesmo diante da mais absoluta ausência de dispositivo constitucional específico do dever de legislar. De outro modo, como o direito ao mínimo existencial não

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1.124.

¹⁴⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Op. cit., p. 358.

¹⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Op. cit., p. 305. Tal afirmação evidencia ainda mais a contradição do autor quanto ao conceito por ele mesmo elaborado.

¹⁴² TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito Ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

possui conteúdo específico, pois pode abranger quaisquer direitos de diferentes gerações, o dever de legislar pode ser decorrente até de um conjunto de dispositivos sobre esses direitos que, não observados em seus conteúdos essenciais, impliquem a omissão legislativa inconstitucional. O mínimo existencial corresponde ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais que representam pressupostos da existência humana digna. Daí seu conteúdo poder variar conforme a evolução do Estado e do Direito, de modo a poder falar-se tanto do mínimo existencial dos direitos da liberdade, quanto dos direitos sociais. Conteúdos distintos, pressupostos distintos, mas sem dispositivos específicos do dever de legislar.

Deve ser ultrapassada, portanto, a necessidade da complementação legislativa como derivada de um enunciado constitucional específico, para afirmar essa necessidade em razão do projeto essencial da Constituição de desenvolver e proteger os direitos fundamentais que gravitam sobre os valores da liberdade, da dignidade e da igualdade. A execução desse projeto é confiada, primariamente, ao legislador democrático. O sucesso, por sua vez, depende da efetividade da Constituição no que ela é mais importante – a concretização dos direitos fundamentais – e não, como pretende a doutrina tradicional, da pura e simples eficácia de dispositivos constitucionais particulares. O reducionismo da doutrina tradicional é evidente e deve ser superado em favor da validade material do sistema constitucional de direitos fundamentais.

2.5 Consequências político-institucionais dramáticas

Outro equívoco da doutrina tradicional é de ordem institucional e decorre do conjunto de equívocos acima acusados. Pensando a omissão legislativa apenas sob o ponto de vista da estrutura semântica dos enunciados, a doutrina tradicional estabeleceu uma divisão muito rígida não só da identificação do fenômeno da omissão, mas também da possibilidade de intervenção judicial para a correção: quando se tratar de normas de eficácia limitada que expressem ordens concretas de legislar, a omissão legislativa inconstitucional será uma possibilidade e a intervenção judicial poderá ser ampla; mas quando se tratar de normas de eficácia plena, a omissão legislativa inconstitucional será uma impossibilidade lógica e o Judiciário nada poderá exigir do Parlamento. Ao que nos parece, as bases normativas da doutrina tradicional, para a caracterização do fenômeno da omissão legislativa inconstitucional, acabaram por gerar consequências político-institucionais indesejadas quanto ao esquema de superação do vício legislativo. Sugerem um esquema “tudo ou nada”.

Tal como construída, a configuração tradicional da omissão legislativa inconstitucional favorece unilateralismos institucionais. Essa divisão rígida e formal, simplesmente de base conceitual, acerca do que é ou não um imperativo constitucional de legislar tanto favorece o ativismo judicial onde a correção judicial é possível, quanto impõe o passivismo judicial onde a decisão de “não fazer” do Parlamento é tida como soberana. Esse modelo teórico sugere comportamentos institucionais que se apresentam como lados opostos incomunicáveis: as instituições podem e devem tomar ou deixar de tomar decisões de maneira estanque, e isso seria uma decorrência direta da distinção puramente conceitual e semântica entre os enunciados constitucionais de direitos. Nada mais sem sentido.

Essa consequência institucional não corresponde nem à visão normativa nem à óptica descritiva do arranjo entre poderes separados. Do ponto de vista normativo, em qualquer hipótese, o legislador é o primeiro destinatário das disposições constitucionais, independentemente de classificações e tipos de enunciados normativos. Dessa forma, não faz qualquer sentido excluir, aprioristicamente, a intermediação legislativa entre previsões constitucionais de direitos fundamentais e a realização concreta desses direitos. Do ponto de vista descritivo, considerando como funciona na prática os arranjos institucionais das democracias contemporâneas, esse modelo estanque de atuação dos poderes é, no mínimo, irreal. Ele desconsidera a maior parte das práticas institucionais nos processos reais de tomada de decisão. Como afirmam Jeb Barnes e Mark Miller, referindo-se ao sistema político norte-americano, mas aplicável, em diferentes medidas, a qualquer democracia constitucional:

[...] o processo de decisões políticas não é simples e direto, mas, ao invés, governar é um processo complexo de diálogo contínuo. [...] Como uma questão de desenho constitucional, os Estados Unidos simplesmente não se caracterizam por uma hierarquia de legisladores ou de nichos compartimentalizados de cada poder de governo. Ao contrário, a Constituição norte-americana cria um sistema de poderes sobrepostos e diferentemente representativos de governo, os quais compartilham e competem por poder. [...]

Ao combinar diversos modos de representação com poderes de governo que compartilham o poder, a Constituição explicitamente evita criar uma divisão metódica de trabalho entre poderes hierárquicos com diferentes papéis de tomada de decisões políticas; ao contrário, ela [a Constituição] cria uma tensão dinâmica entre poderes não hierárquicos, politicamente distintos, que possuem responsabilidades sobrepostas.¹⁴³

¹⁴³BARNES, Jeb; MILLER, Mark C. Adversarial Legalism, the Rise of Judicial Policymaking, and the Separation of Powers Doctrine. In: ____; _____. **Making Policy, Making Law. An Interbranch Perspective**. Washington: Georgetown University, 2004, p. 202-203.

Compartilhamentos de autoridade constitucional, transferência de custos políticos, blind spots e déficits de representatividade parlamentar, todos compõem a gramática do processo de afirmação e legitimação da atuação política de cortes constitucionais. Mas nada disso exclui, de antemão, o poder de o Parlamento interpretar, desenvolver e complementar quaisquer disposições constitucionais sobre direitos fundamentais. Esses compartilhamentos de autoridade, possibilitados pelos desenhos constitucionais, apenas são estabelecidos em definitivo no tráfego das ações governamentais. Como disse Mark Graber, “nós não podemos compreender como autoridade constitucional é realmente alocada até que consideremos os numerosos meios por meio dos quais as instituições de governo voluntariamente compartilham poder (e às vezes, avidamente rejeitam autoridade constitucional)”.¹⁴⁴ Por tudo isso, qualquer esquema teórico que busque excluir, aprioristicamente, a autoridade e a responsabilidade do legislador sobre os comandos constitucionais é pragmaticamente sem sentido.

Em suma, o esquema teórico tradicional da omissão legislativa inconstitucional lança Legislativo e Supremo a uma relação de comportamentos aprioristicamente excludentes, do tipo tudo ou nada em nível puramente teórico. O arranjo, assim dimensionado, coloca em risco a proteção efetiva de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, não satisfaz exigências democráticas de autocontenção judicial. Todavia, não se pode nunca ignorar que “o problema da realização das imposições constitucionais é, simultaneamente, um problema político e um problema normativo”,¹⁴⁵ e isso significa que uma relação interinstitucional mais equilibrada e dialógica, em torno da superação dessas omissões legislativas, se impõe como a mais adequada. A substituição do arranjo institucional de tipo excludente por um arranjo de tipo mais dialógico será a proposta comportamental derradeira desta tese.

2.6 Um novo olhar: a tutela legislativa insuficiente de direitos fundamentais como omissão legislativa inconstitucional

Os equívocos da doutrina tradicional, acima apontados, revelam, antes de tudo, insuficiências para a proteção dos direitos fundamentais violados pela omissão total ou pela ação deficiente do legislador. Na sequência, procuro desenvolver proposta normativa a fim de assegurar maior proteção aos direitos fundamentais diante do fenômeno da omissão legislativa

¹⁴⁴ GRABER, Mark A. **A New Introduction to American Constitutionalism**. New York: Oxford University Press, 2013, p. 121.

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Op. cit., p. 303.

inconstitucional. A proposta dirige-se a oferecer solução aos três primeiros equívocos aqui discutidos, apresentando o dever constitucional de legislar precipuamente como um dever de proteção dos direitos fundamentais independente dos aspectos formais dos dispositivos constitucionais envolvidos. No capítulo quarto, a proposta será dirigida a solucionar o último equívoco apontado, de ordem institucional, formulando o modelo dialógico de correção das omissões legislativas inconstitucionais.

2.6.1 Direitos fundamentais em sua dimensão objetiva e deveres de proteção

A proposta central da tese funda-se na premissa de o dever de proteção dos direitos fundamentais compreender, primariamente, o dever constitucional de legislar. Sem embargo, é assente, hoje, o papel do Estado de atuar positivamente, e não apenas negativamente, para proteger e promover direitos e objetivos fundamentais. O Estado ofende a Constituição não apenas quando “pratica excessos, intervindo de maneira exagerada ou indevida nas relações sociais, mas também quando deixa de agir em prol dos direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes, ou quando o faz de modo insuficiente. Assim, a perspectiva contemporânea dos direitos fundamentais impõe limites não apenas ao excesso de restrição estatal, mas também em face da omissão ou da ação insuficiente do Estado”.¹⁴⁶ O Estado também deve proteger os titulares de direitos fundamentais diante de lesões e ameaças provindas de terceiros.

Tal aspecto constitui um dos mais importantes desdobramentos da concepção dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores e esse dever de proteção alcança, precipuamente, a atividade legislativa. A concepção do sistema de direitos fundamentais como ordem axiológica e hierárquica de princípios objetivos foi o primeiro e mais fundacional dos desenvolvimentos metodológicos do Tribunal Constitucional alemão acerca da Lei Fundamental de Bonn. Para o Tribunal, os direitos fundamentais da Constituição alemã são também direitos a prestações positivas do Estado e não apenas um conjunto de direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado. O Tribunal decidiu que os direitos fundamentais, na dimensão objetiva, vinculam as ações de todas as esferas de poder do Estado

¹⁴⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Op. cit., p. 480.

– a criação, a interpretação e a aplicação de todo o ordenamento jurídico¹⁴⁷ – exigindo-lhe prestações positivas – fáticas e normativas – em favor dos titulares dos direitos fundamentais.

Essa perspectiva foi primeiramente desenvolvida em 1958, no famoso caso Lüth,¹⁴⁸ para alguns, a Marbury alemã,¹⁴⁹ para outros, “um golpe de estado metodológico”:¹⁵⁰ litígio particular entre Eric Lüth, alemão e judeu, e Veit Harlan, cineasta alemão divulgador dos ideários nazistas e de mensagens de ódio aos judeus durante a II Guerra. A questão envolveu saber se um bem-sucedido boicote do primeiro aos filmes não nazistas e pós-II Guerra do segundo configurou exercício lícito de “liberdade de expressão” ou ação ilícita que sujeitava Lüth ao dever de indenizar o cineasta boicotado. O Tribunal de Hamburgo julgou ter sido o boicote um ato contrário aos “bons costumes”, justificando a indenização nos termos do §826 do Código Civil Alemão. O Tribunal Constitucional, por sua vez, reverteu o julgado porque considerou a decisão do Tribunal de Hamburgo uma “limitação à liberdade de expressão” de Lüth.

Em seu discurso de justificação, o Tribunal Constitucional afirmou que o sistema de direitos fundamentais da Lei Fundamental consiste em “uma ordem objetiva de valores”, “centrada na dignidade da pessoa humana”, de modo que esses direitos não são apenas “direitos negativos” do indivíduo contra o Estado, mas também envolvem “direitos a prestações positivas” do Estado em favor de sua proteção e realização. Essa ordem objetiva de valores, para o Tribunal Constitucional, promove um efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre toda a ordem jurídica, importando o dever de interpretar e aplicar todos os ramos do Direito em conformidade com os princípios constitucionais que expressam esses direitos, inclusive o Direito Privado, resultando que os direitos fundamentais incidem também sobre as relações particulares regidas pela autonomia da vontade. Contudo, caberia ao Estado, e não diretamente aos particulares, “tornar efetivos os direitos fundamentais também nas relações de direito privado.”¹⁵¹

¹⁴⁷ De acordo com Konrad Hesse, Significado de los Derechos Fundamentales. In: BENDA, Ernesto et al. **Manual de Derecho Constitucional**, Op. cit., p. 92, essa construção metodológica representa “um *standard* constitucional unitário de direitos e princípios”.

¹⁴⁸ Lüth, 7 Bverf GE 198 (1958). Edward J. Eberle, **Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States**, Westport: Praeger, 2002, p. 26, diz que em Lüth a Corte Constitucional alemã “aproveitou o momento para libertar o direito da bagagem ideológica da era Nazista e Imperialista”.

¹⁴⁹ ROBERTSON, David. **The Judges as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review**. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 48.

¹⁵⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlert e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2003, p. 44.

¹⁵¹ GRIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 156.

Caberia ao Estado, a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, de sua configuração como imperativos de tutela, a tarefa de proteger esses direitos individuais contra ameaças externas não estatais, mas controláveis pela máquina estatal. Caberia ao Estado deveres de proteção (Schutzpflicht). O dever de proteção revela-se, desse modo, como uma função dos direitos fundamentais que deverá ser exercida, primariamente, pelo legislador. O Estado é obrigado a editar leis que protejam os direitos fundamentais, máxime, mas não somente, a vida, a integridade física, a honra dos indivíduos perante ataques de terceiros¹⁵² – é o Estado-legislador incumbido de assegurar as condições e os meios necessários ao exercício das liberdades individuais frente às ameaças de toda a coletividade, o que inclui a proteção civil, penal, trabalhista, ambiental, etc. Segundo assentou Claus-Wilhelm Canaris:

O imperativo jurídico-constitucional de tutela carece, em princípio, da complementação pelo direito ordinário. Pois pertence fundamentalmente a este [...] a tarefa de disponibilizar os instrumentos de proteção. [...] a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, poder-se-ia, portanto, dizer que ela é realizada ‘por intermédio’, ou pelo menos ‘no meio’, do direito infraconstitucional e que, por essa razão, é mediatizada por este.¹⁵³

Embora construídos a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da condição desses como imperativos de tutela, aos deveres de proteção correspondem direitos subjetivos *prima facie* de proteção, o que “faz justiça ao sentido originário e permanente dos direitos fundamentais como direitos individuais”.¹⁵⁴ Trata-se da subjetivação dos deveres de proteção: do reconhecimento desses deveres é possível extrair direitos individuais à proteção, oponíveis em face do Estado, que terá a obrigação de, através de providências normativas, administrativas e materiais, salvaguardar os indivíduos de danos e lesões que possam sofrer em razão da atuação de terceiros.¹⁵⁵ Nesse sentido, Alexy fala em “direito a prestações normativas”,¹⁵⁶ ao lado das prestações fáticas, mais próprias dos deveres positivos

¹⁵² ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: CEPC, 2002, p. 435-436: “Os direitos a proteção podem ter como objeto coisas muito diferentes. (...) Não só a vida e a saúde são bens possíveis de proteção, senão todos aqueles que, desde aspectos fundamentais, sejam dignos de ser protegidos, por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade.

¹⁵³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Op. cit., p. 115-116. No mesmo sentido, cf. GRIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Op. cit., p. 160: “Assim como o dever de respeitar os direitos fundamentais, o dever de protegê-los vincula todos os ramos do governo. Entretanto, o principal caminho da função protetiva se dá através da legislação. Os demais órgãos têm uma função subsidiária.”

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Op. cit., p. 440.

¹⁵⁵ SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. **Arquivos de Direitos Humanos** Vol. 4, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 92.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Op. cit., p. 426.

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

Essa teoria dos deveres de proteção, construída a partir do vetor normativo da ordem objetiva de valores do caso *Lüth*, foi emblematicamente desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão em suas decisões sobre o aborto, quando a Corte examinou a constitucionalidade de leis que descriminalizaram parcialmente essa prática.¹⁵⁷ Em ambas as decisões, o Tribunal afirmou o dever do Estado de proteger a vida humana, incluindo a vida do feto e mesmo contra a vontade da mãe. Segundo os juízes, a proteção apenas poderia ser proporcionada se o Estado proibisse, mediante lei e fora os casos excepcionais, o aborto e estabelecesse o dever jurídico de as mães levarem a gravidez a termo. Para o Tribunal, o “Estado deve cumprir seu dever de proteção adotando as medidas adequadas, por meio do ajuste de critérios legais e factuais, com o propósito de prover uma proteção apropriada e efetiva” do direito à vida do feto.¹⁵⁸

A medida de descriminalização do aborto, tal como havia sido levado a efeito por aquelas leis, encerrou, na visão definitiva do Tribunal, uma proteção deficiente do direito à vida do feto e, por esse motivo, deveria ser julgada inconstitucional. De uma maneira geral, o Tribunal decidiu que o dever de proteção da vida exige o estabelecimento de um sistema de normas penais que, levando em conta o valor superior do direito à vida, criminalizem as condutas que o ofendam, sob pena de inconstitucionalidade por insuficiência de proteção jurídico-penal. Como lembra Peter Häberle, o Direito Penal não dirige-se apenas a limitar direitos fundamentais, senão também o legislador penal precisa intervir, em diferentes oportunidades, para assegurar direitos de uns frente a direitos fundamentais de outros.¹⁵⁹ No caso do aborto, a Corte entendeu ter o legislador protegido em medida excessiva a liberdade de escolha da mãe em detrimento do dever de proteção da vida do feto.

¹⁵⁷ No *Abortion I case* (39 BVerfGE 1 [1975]), o Tribunal julgou inconstitucional, por violar a dignidade da pessoa humana e o direito à vida do feto, lei federal da ex-Alemanha Ocidental que descriminalizou o aborto praticado nos três primeiros meses de gravidez, por médico licenciado e seguido de aconselhamento adequado. No *Abortion II case* (88 BVerfGE 203 [1993]), já no ambiente político e social pós-reunificação alemã, o Tribunal manteve a mesma fundamentação para julgar inconstitucional lei federal que também descriminalizou o aborto praticado nos três primeiros meses de gravidez, por médico licenciado e seguido de um aconselhamento ainda mais denso. Porém, neste caso, o Tribunal recuou, em relação à primeira decisão, para dizer que, embora ainda seja crime, o aborto nessas condições não deveria ser punido. Neste segundo caso, a Corte reafirmou a teoria central dos deveres de proteção da primeira decisão, apenas minimizando a rigidez de sua aplicação para ajustar o caráter dessa proteção às necessidades contemporâneas de unificação da Alemanha.

¹⁵⁸ KOMMERS, Donald P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 2ª ed. Durham: Duke University Press, 1997, p. 349 et seq.

¹⁵⁹ HÄBERLE, Peter. **La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales**. Op. cit., p. 176.

O dever de proteção inclui, portanto, a obrigação geral de o Estado criar, mediante lei, as condições e os meios indispensáveis para serem os direitos fundamentais protegidos e assegurados na maior amplitude possível diante de toda a sorte de limitações fático-jurídicas presentes.¹⁶⁰ A falta desses meios e condições indispensáveis impede a efetividade dos direitos fundamentais, excluindo deles a pretensão de validade material. Por isso, a ausência de lei ou sua imperfeita construção, dando origem a uma proteção deficiente desses direitos fundamentais, deve ser julgada uma omissão legislativa inconstitucional. No caso da absoluta ausência de lei, a omissão é total; no caso da lei imperfeita, como ocorreu nos casos paradigmáticos sobre o aborto na Alemanha, a omissão é parcial. Em ambos os casos, direitos individuais são violados independentemente da tipologia dos enunciados normativos constitucionais envolvidos e da presença de ordens expressas e específicas de legislar.

Pois bem. Toda essa construção teórica revela ganhos em efetividade para os direitos fundamentais em face da omissão legislativa inconstitucional, se comparada aos aportes da doutrina tradicional. Para configuração do dever de legislar e a possibilidade do vício de inconstitucionalidade por omissão, importam mais: *(i)* a relevância constitucional e social dos direitos fundamentais em vez de critérios puramente semântico-estruturais; *(ii)* a ordem objetiva de direitos fundamentais em vez de tipos restritos de normas constitucionais; *(iii)* o dever de proteção aos direitos fundamentais em vez de um mandato específico e expresso de legislar. Assim, a configuração da omissão legislativa inconstitucional deixa de ser uma questão de se o legislador cumpriu ou não um comando constitucional específico, e passa a envolver o grau de proteção legal ao sistema de direitos fundamentais. A tutela insuficiente seria uma violação a esse sistema, configurando, desse modo, a omissão legislativa inconstitucional.

No Brasil, com a Constituição de 1988, é plenamente válido falar em deveres de proteção em relação aos direitos fundamentais em geral, havendo inclusive dispositivo que consagra a teoria: o art. 5º, XLI, segundo o qual “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. Ademais, a alusão à segurança, como direito fundamental social (art. 6º), induz à ideia de o Estado ter não apenas a missão política, mas o dever jurídico geral de agir no plano social para proteger os indivíduos da violação dos

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, Deveres de Proteção e Proporcionalidade: Notas a Respeito dos Limites e Possibilidades da Aplicação das Categorias da Proibição de Excesso e de Insuficiência em Matéria Penal. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Coord.) **Controle de Constitucionalidade & Direitos Fundamentais. Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 150: “Esta incumbência (deveres de proteção), por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais e os bens e interesses que constituem o objeto da tutela jusfundamental.”

seus direitos fundamentais. Dessa forma, em nosso regime constitucional democrático, o legislador nunca está livre para decidir se deve ou não editar as leis necessárias para a proteção dos direitos fundamentais. Esse dever constitucional geral existe independentemente de enunciado normativo específico, não-autoaplicável e explícito nesse sentido.

No entanto, ainda que não possa haver dúvidas sobre o dever de proteção do Estado como vinculado à condição dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, existirá sempre desconforto em torno do controle judicial da legitimidade da configuração legislativa dos meios de efetivação dessa proteção. A controvérsia sempre gira em torno da margem de ação livre que o legislador possui para estabelecer esses meios, tanto em relação ao melhor momento quanto ao conteúdo da proteção. A questão é saber sobre as fronteiras entre a omissão normativa lícita e a ação legislativa deficiente, o que envolve o intrincado problema dos limites do controle judicial sobre os diagnósticos e prognósticos do legislador.¹⁶¹ Trata-se aqui do cuidado que se deve ter com a autonomia política do legislador democrático, o que inclui o devido respeito à sua *margem de ação epistêmica*,¹⁶² inclusive a *margem de erro tolerável*.

Ademais, como os riscos de violação de direitos fundamentais, contra os quais o Estado deve exercer seus deveres de proteção, podem decorrer de atos dos próprios indivíduos, o cumprimento desses deveres legislativos acaba resultando na limitação de liberdades em favor de outras liberdades fundamentais (lembre-se o caso do aborto). Ou seja, o legislador deverá limitar o exercício de direitos fundamentais para proteger outros direitos fundamentais ou os mesmos direitos só que de titulares diversos.¹⁶³ Disso resulta ser a lei, por meio da qual são veiculados os meios de cumprimento dos deveres de proteção, uma lei de sopesamento de direitos fundamentais, de equilíbrio de interesses, de forma que o julgamento de sua validade deva envolver a análise das razões jurídicas, fáticas e valorativas da ponderação prévia do legislador (*pré-ponderação*¹⁶⁴).

¹⁶¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: _____. **Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 461-483.

¹⁶² Cf. ALEX, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional** Vol. 66, 2002, pp. 50/53: cabe ao legislador, *prima facie* em uma democracia, dizer dos fatos relevantes e dos resultados práticos pretendidos que dirigem as ações legislativas restritivas de direitos.

¹⁶³ Pode ocorrer também de a proteção resultar na limitação de um direito fundamental em favor de outro direito fundamental do mesmo titular. Como será visto adiante, esse foi o caso da decisão do Supremo sobre a “Lei Maria da Penha”, quando a Corte sacrificou a liberdade da mulher agredida de decidir sobre o prosseguimento da ação penal em face de seu agressor, justamente para favorecer uma maior proteção, uma proteção mais efetiva à sua dignidade e integridade física.

¹⁶⁴ Segundo Ricardo Lobo Torres, fala-se em *pré-ponderação* para designar um modelo de ponderação que cumpre a função de “equilíbrio à elaboração da lei”, que atua no momento de justificação dos direitos e do Direito, equilibrando e harmonizando a influência dos princípios materiais sobre a criação legislativa, atenuando

Portanto, a questão fundamental sobre o controle dos diagnósticos e prognósticos do legislador, como muito bem apontado por Robert Alexy, envolve fortes elementos substanciais e nos remete a “saber se, desde o ponto de vista do direito constitucional, uma determinada proteção é tão importante que sua outorga não possa ficar em mãos da simples maioria parlamentar”, ou, se ao contrário, essa decisão, em toda sua extensão, está sujeita a um controle judicial de validade constitucional.¹⁶⁵ Isso envolve a delicada tarefa de definir quais critérios podem ser empregados para a conclusão segura sobre se a falta de lei ou se a lei “suspeita de imperfeição” encerram, em um caso concreto, o não cumprimento do dever de proteção – uma omissão legislativa inconstitucional – ou enquadram-se como decisões legítimas porque tomadas dentro da margem de conformação livre do legislador.

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

2.6.2 Princípio da proporcionalidade e proibição da proteção insuficiente de direitos fundamentais

Tradicionalmente, o princípio da proporcionalidade é concebido como um instrumento de controle dos excessos do exercício de poder pelo Estado. Trata-se de ferramenta utilizada para conter o arbítrio dos governantes. Entretanto, esse princípio, contemporaneamente, vem ganhando uma nova dimensão diante dos deveres de proteção que os poderes públicos devem cumprir em favor dos direitos e da garantia do bem-estar coletivo. Essa nova dimensão do

as tensões abstratas entre justiça e segurança, direitos fundamentais e democracia. A ponderação deixa de se referir exclusivamente aos fatos colocados em julgamento para ganhar a estatura de uma ponderação legal. (TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: _____. (Org.) **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 493-496; _____. Da Ponderação de Interesses ao Princípio da Ponderação. In: ZILLES, Urbano (Coord.). **Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 643-648.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Op. cit., p. 452-453: para o autor, “toda proposta para a solução do problema do prognóstico inclui uma proposta para a distribuição de competências entre o Tribunal Constitucional e o legislador”.

princípio da proporcionalidade corresponde à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) dos direitos fundamentais. Com efeito, o princípio da proporcionalidade não se resume a uma função de vedação de excesso. Ele também possui uma dimensão vinculada ao dever de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais. Como descrito por Carlos Bernal Pulido:

Este último conceito se refere à estrutura que o princípio adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção. A proibição de proteção deficiente pode ser definida como critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – vulnera um direito fundamental de proteção.¹⁶⁶

Tem-se assim a ideia de proporcionalidade como proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais:¹⁶⁷ o Estado só atuará legitimamente se oferecer, em favor dos direitos fundamentais dos cidadãos, uma proteção que observe as exigências do princípio da proporcionalidade. A finalidade é coibir a inação ou a atuação deficiente do Estado, exigindo-lhe a adoção de medidas legislativas suficientes para alcançar uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. Dessa forma, a violação desse princípio, por meio de medidas legislativas insuficientes para a proteção e promoção dos direitos fundamentais, “encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional”:¹⁶⁸ o imperativo de proteger adequadamente os direitos fundamentais. Segundo Laura Clérico:

¹⁶⁶ Cf. PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2003, p. 799.

¹⁶⁷ Cf. GRIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Op. cit., p. 149-165; PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2003, pp. 798/803; Id. O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Op. cit., p. 805-830; CLÉRICO, Laura. El Examen de Proporcionalidad: Entre el Exceso por Acción y la Insuficiencia por Omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel; CASTRO, Pedro P. Grández (Coord.). **El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo**. Lima: Palestra, 2010, p. 115-156; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, Deveres de Proteção e Proporcionalidade: Notas a Respeito dos Limites e Possibilidades da Aplicação das Categorias da Proibição de Excesso e de Insuficiência em Matéria Penal. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Coord.) **Controle de Constitucionalidade & Direitos Fundamentais. Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes**. Op. cit., p. 143-169; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os Imperativos da Proporcionalidade e da Razoabilidade. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 197-199; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Op. cit., p. 480-483.

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, Deveres de Proteção e Proporcionalidade: Notas a Respeito dos Limites e Possibilidades da Aplicação das Categorias da Proibição de Excesso e de Insuficiência em Matéria Penal. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Coord.)

De acordo com a fórmula do *Untermassverbot*, existe uma violação ao cumprimento de uma obrigação de proteção ou de prestação positiva jusfundamental, quando a) as regulamentações atacadas e as medidas estatais sejam inidôneas ou defeituosas para alcançar o fim de proteção obrigatória ou quando restem muito por trás do obrigado ou b) o poder estatal permaneça totalmente inativo.¹⁶⁹

O princípio da proporcionalidade, segundo essa dimensão, permite aferir se a medida legislativa favorece seja o direito fundamental realizado o “mais amplamente possível de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas”,¹⁷⁰ e se desenvolve pelos mesmos subprincípios empregados na dimensão de vedação de excesso. Assim, quando o Estado se abster, total ou parcialmente, de adotar alguma medida que favoreça a promoção ou a proteção de um determinado direito fundamental ou objetivo de envergadura constitucional, caberá indagar: (a) se a omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); (b) se não existia outro meio menos prejudicial ao direito fundamental que favorecesse, em igual intensidade, o citado objetivo (subprincípio da necessidade); e (c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).¹⁷¹

A aplicação desses subprincípios envolverá sempre um exame da “relação empírica de fomento” entre *meio* e *fim*, onde o meio será uma omissão total ou uma ação insuficiente (omissão parcial) capaz de colocar em risco a garantia de direitos fundamentais. O exame de constitucionalidade do meio escolhido envolve as dificuldades de avaliação da já referida margem de ação epistêmica do legislador, isto é, da margem de configuração normativa dos meios de proteção segundo os diagnósticos e prognósticos do legislador, o que remete o tema para as discussões em torno das tensões entre as competências dos Parlamentos e das Cortes Constitucionais encarregadas do controle.¹⁷² A questão é saber dos limites da correção judicial dos diagnósticos e dos prognósticos legislativos. O Supremo Tribunal Federal tem, ainda que

Controle de Constitucionalidade & Direitos Fundamentais. Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes. Op. cit., p. 157.

¹⁶⁹ CLÉRICO, Laura. El Examen de Proporcionalidad: Entre el Exceso por Acción y la Insuficiencia por Omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel; CASTRO, Pedro P. Grández (Coord.). **El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo.** Op. cit., p. 121-122.

¹⁷⁰ Idem, ibidem, p. 116.

¹⁷¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho.** Op. cit., p. 481.

¹⁷² CLÉRICO, Laura. El Examen de Proporcionalidad: Entre el Exceso por Acción y la Insuficiencia por Omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel; CASTRO, Pedro P. Grández (Coord.). **El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo.** Op. cit., p. 125-128.

em poucas oportunidades, utilizado a proporcionalidade em sua versão de proibição de proteção deficiente.

A Corte empregou essa dimensão da proporcionalidade em julgamento sobre a possibilidade de extinção da punibilidade em crime de estupro praticado contra menor impúbere, que posteriormente passara a conviver maritalmente com o autor do ilícito. No caso concreto, a maioria dos ministros recusou a aplicação analógica do dispositivo penal que prevê a extinção da punibilidade nos crimes sexuais em razão do casamento do criminoso com a vítima. No voto do ministro Gilmar Mendes, ficou consignado que posição diferente seria contrária ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. Para o ministro, esse princípio conduz à ideia de “garantismo positivo”, segundo o qual o “Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental”.¹⁷³

A proibição da proteção deficiente voltou a ser discutida no Supremo com o julgamento proferido na ADI 3.112/DF, relativa ao “Estatuto do Desarmamento”. No voto do ministro Gilmar Mendes, restou consignado que a proteção dos direitos fundamentais deve se dar, dentre outros, por meio da criminalização de condutas através de um sistema de proteção penal adequado, o que justificaria as restrições legais ao uso de armas.¹⁷⁴ Essa dimensão do princípio foi tangenciada na Corte também no julgamento da ADI 1.800/DF, na qual se questionou a validade da lei na qual foi concedida às pessoas reconhecidamente pobres a isenção de custas nos registros de nascimento e de óbito. Conforme voto do ministro Ricardo Lewandowski, o benefício é constitucional na medida em que oferece proteção adequada às pessoas economicamente carentes na garantia de acesso aos meios necessários ao exercício da cidadania. Com a isenção, o Estado teria cumprido um imperativo constitucional de proteção às pessoas carentes.¹⁷⁵

Todavia, foi o julgamento sobre a “Lei Maria da Penha” o exemplo mais destacado da aplicação, pelo Supremo, da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, e isso porque, nesse caso, a Corte reavaliou os diagnósticos e os prognósticos do legislador para, em clara *sentença substitutiva*, julgá-los parcialmente equivocados, efetivamente corrigi-los e, dessa forma, modificar a disciplina legal atacada na direção de estabelecer meios que assegurassem, segundo seu exclusivo juízo, uma proteção mais eficaz e adequada aos direitos

¹⁷³ STF – Pleno, RE 418.376/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ac. Min. Joaquim Barbosa, j. 09/02/2006, DJ 23/03/2007.

¹⁷⁴ STF – Pleno, ADI 3.112/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02/05/2007, DJ 26/10/2007.

¹⁷⁵ STF – Pleno, ADI 1.800/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Rel. p/ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11/06/2007, DJ 28/09/2007.

fundamentais envolvidos.¹⁷⁶ De modo bastante destacado, a Corte realizou um *controle forte* sobre os diagnósticos e prognósticos legislativos.

Por meio da Lei 11.340/2006, a “Lei Maria da Penha”, o Estado procurou proteger a mulher contra o quadro histórico de agressões ocorridas contra ela no âmbito doméstico ou familiar, estabelecendo um sistema punitivo muito mais rigoroso para essas agressões. Porém, essa lei estabeleceu expressamente que as ações penais relativas aos casos de lesão corporal deveriam ser *condicionadas à representação da mulher ofendida*, não podendo o Estado, sem a manifestação de vontade da mulher, seguir com as ações punitivas. A maioria do Supremo concluiu que deixar o prosseguimento da ação penal condicionada à vontade da mulher nos casos de crime de lesão corporal representaria uma *proteção insuficiente* de sua dignidade e uma desconsideração da desigualdade histórica de forças entre homens e mulheres. Para a Corte, essa medida é inconstitucional por representar uma proteção insuficiente.

De acordo com o voto do relator, ministro Marco Aurélio, o caso estava “a exigir que se parta do princípio da realidade, do que ocorre no dia a dia quanto à violência doméstica”, de modo que condicionar a ação à representação da ofendida “não é protegê-la, é deixá-la vulnerável, mais vulnerável ainda.” Nesta mesma linha, o Ministro Luiz Fux disse que “uma abordagem pós-positivista de nossa Carta Magna infere dos direitos fundamentais nela previstos deveres de proteção (*Schutzpflichten*) impostos ao Estado”, de modo que “o condicionamento da ação penal à representação da mulher se revela um obstáculo à efetivação do direito fundamental à proteção da sua inviolabilidade física e moral, atingindo, em última análise, a dignidade feminina”. Significa dizer: segundo Fux e, ao final, para a maioria da Corte, a lei penal, nesse ponto, promoveu uma proteção insuficiente aos direitos de igualdade e dignidade da mulher. O Estado não teria cumprido adequadamente seu dever de proteção.

Diante dessa constatação, o Supremo resolveu “corrigir” a “Lei Maria da Penha”. Dando-lhe, segundo a parte dispositiva da decisão, “interpretação conforme a Constituição”,¹⁷⁷ o Tribunal determinou que nos crimes de lesão corporal, de qualquer

¹⁷⁶ STF – Pleno, ADI 4.424/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012. (Inf. STF nº 654).

¹⁷⁷ Decisão: “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando **interpretação conforme** aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, **assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta**, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente). Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012”.

Realmente, consta expressamente dessa parte dispositiva da decisão, que o Supremo Tribunal Federal realizou “interpretação conforme a Constituição”. Contudo, esse é mais um caso que revela como a Corte não tem

espécie, a ação penal deveria ser tida como incondicionada à representação da mulher ofendida, em vez de condicionada como expressamente previsto. O Supremo revisou os diagnósticos e prognósticos legislativos e negou validade ao juízo de suficiência da medida protetiva estabelecida pelo legislador ordinário, julgando-a um *exercício normativo insuficiente* para a proteção da dignidade da mulher. A Corte adotou uma postura hermenêutica criativa na direção daquela que considerou a *proteção suficiente* e impôs ao Estado o dever positivo de tutelar a saúde física e moral da mulher agredida no âmbito doméstico e familiar independentemente da vontade dela.

O julgamento foi marcado pela forte investida da Corte sobre a liberdade de conformação legislativa a respeito dos meios de proteção da dignidade e da integridade física da mulher no âmbito doméstico e familiar. O legislador havia julgado que condicionar a ação penal à representação da mulher resultaria em proteção suficiente e, em um juízo de pré-ponderação, escolheu também priorizar a autonomia da vontade da mulher ofendida. Todavia, a maioria folgada da Corte (o único voto vencido foi o do ministro Cesar Peluzo) não concordou com a eleição legislativa da forma penal, denunciando tanto o equívoco das avaliações dos fatos e dos prognósticos feitos pelo Parlamento, quanto a prioridade da manifestação de vontade da mulher ofendida. Em nome dos direitos fundamentais das mulheres ofendidas, a Corte restringiu a liberdade de escolha dessas mesmas mulheres.

Concedendo uma margem restrita de avaliação e conformação das medidas adequadas e eficazes de proteção, O tribunal julgou a “ação penal condicionada” um meio idôneo apenas em sentido fraco para assegurar a defesa da mulher contra as agressões corporais no âmbito doméstico e familiar. Os ministros, em sua maioria, discordaram dos prognósticos legislativos em relação às consequências da medida adotada, principalmente porque rejeitaram o diagnóstico sobre a autonomia da vontade da mulher agredida. Para eles, essa autonomia não existe, é viciada diante do histórico de vulnerabilidade da mulher, de forma que a intimidação em face do agressor só se obteria se ele soubesse que a mulher agredida não pode dispor da demanda penal.¹⁷⁸ O Tribunal raciocinou, como disse o ministro Marco Aurélio, com “o que normalmente acontece”.

distinguido bem a “interpretação conforme a Constituição” e a “declaração de nulidade parcial sem redução de texto”. A análise da decisão revela, diante da inequívocidade do texto interpretado e da Corte ter excluído uma incidência concreta da norma geral de condicionalidade da ação penal, sem que isso tenha importado em redução do texto interpretado, que se está diante mesmo de um caso de “declaração de nulidade parcial sem redução de texto”.

¹⁷⁸ É emblemática, nesse sentido, a seguinte passagem do Ministro Marco Aurélio, Relator da ação, durante os debates: “Presidente, em termos de proteção, a gradação é maior se aberto o leque. Caso admitido que não há necessidade de a notícia-crime ser dada mediante uma representação da mulher, terá uma proteção maior, por quê? Porque as estatísticas demonstram que, em 90% dos casos de representação, há o recuo. Foi quando disse:

No entanto, os debates durante o julgamento revelaram que alguns ministros se mostraram preocupados com o juízo da Corte sobre a correção ou não dos prognósticos legislativos e se era adequada a intervenção judicial sobre essa escolha. A maioria concordou que essa preocupação deva existir, mas, para o caso concreto, o equívoco legislativo se revelou evidente. Daí o Pleno ter decidido não ser deferente à escolha prévia do Parlamento, julgando-a uma proteção deficiente. A Corte se entregou na “busca pela proteção maior” aos direitos da mulher e, por isso, decidiu que, tal como formulada, a “Lei Maria da Penha” alcançaria apenas parcialmente esse propósito, não se mostrando totalmente adequada e eficaz para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. As seguintes palavras da Ministra Rosa Weber resumem muito bem essa opinião:

O dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares se concretiza na definição e implementação das políticas públicas voltadas a esse fim, cujas feições são dependentes das opções feitas pelo legislador. Não obstante, o espectro de escolhas legislativas disponíveis, do ponto de vista constitucional, somente inclui aquelas que fornecem proteção suficiente ao bem jurídico tutelado, aquelas que sejam, por assim dizer, eficazes, sob pena de ser negada a força normativa da Constituição. A insuficiência protetiva configura, em si mesma, uma afronta à garantia inscrita no texto constitucional.

[...]

Admitir o condicionamento da ação pública à representação da ofendida, nos casos de lesões corporais leves, nega o espírito da Lei Maria da Penha.

A ministra fez referência ao “dever do Estado de coibir e prevenir a violência” (dever de proteção), materializável por meio de escolhas legislativas legítimas apenas se essas “fornecerem proteção suficiente ao bem jurídico tutelado”, sob pena de se negar a própria “força normativa da Constituição”. Significa dizer: a proteção legislativa insuficiente de direitos, como cumprimento inadequado do dever de proteção que compete ao Estado, corresponde a uma atuação débil da força normativa da Constituição. Em suma, corresponde a uma *omissão legislativa inconstitucional*. No caso da “Lei Maria da Penha”, tratou-se de uma omissão legislativa inconstitucional parcial, haja vista a existência da medida protetiva, porém julgada insuficiente. O meio de proteção foi julgado inidôneo, tendo sido aplicada uma alternativa mais eficiente, sem qualquer referência a argumentos semântico-estruturais de justificação, mas tão-somente a elementos materiais ligados à relevância dos direitos fundamentais em jogo e ao dever constitucional de protegê-los.

2.7 A questão das falhas estruturais: a omissão constitucional revisitada e ampliada

A ideia de proteção da dimensão objetiva de direitos fundamentais e o apontamento da insuficiência dessa proteção como caracterizadora da omissão legislativa inconstitucional é o primeiro passo para a revisão do tema. Amplia-se a identificação das hipóteses em que o legislador deixa de dar atuação às normas constitucionais configurando inércia ilícita. A tese acusa que a doutrina tradicional sobre a omissão legislativa inconstitucional, fundada em critérios puramente semântico-estruturais, formalista por natureza e reducionista em resultado, se apresenta como modelo teórico absolutamente insuficiente para dar conta da grandeza da missão contemporânea mais relevante do Estado democrático de direito: a efetividade dos direitos fundamentais. Na realidade, a doutrina tradicional, em reduzir o campo de possibilidades de configuração da omissão legislativa inconstitucional, favorece a debilidade dos direitos fundamentais diante de casos de inércia deliberada do Poder Legislativo, de impossibilidade real de consenso parlamentar (*deadlock*) ou ainda de autênticos “pontos-cegos legislativos” (*legislative blind spots*).¹⁷⁹

O compromisso último do Estado democrático de direito deve ser com a efetividade dos direitos fundamentais. Esses direitos e sua realização prática representam a própria razão de ser do Estado. No entanto, não é possível saber da efetividade desses direitos simplesmente pela expressão e densidade semânticas de seus correlatos enunciados normativos constitucionais. Isso importa na acusação de insuficiência dos aportes da doutrina tradicional para o controle da proteção dos direitos fundamentais em face das omissões legislativas. Há a necessidade de complementação desses vetores doutrinários tradicionais por elementos de natureza material, diretamente vinculados à importância superior dos direitos fundamentais, cuja efetividade é debilitada pela omissão do Poder Legislativo. Essa complementação teórica, que amplia o campo de configuração da omissão legislativa inconstitucional em prol

¹⁷⁹ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law* Vol. 5 (3), 2007, p. 402: “‘Blind spots’ podem ocorrer no processo legislativo por diferentes razões. Primeiro, legisladores podem falhar em reconhecer que uma lei pudesse ser aplicada de um modo que violasse direitos; esta falha poderia suceder por motivo de pressões de tempo sobre as deliberações do legislador ou por causa de outras limitações sobre as previsões legislativas (*blind spots* de aplicação). Segundo, legisladores podem falhar em prever o impacto de leis sobre direitos porque eles não apreciaram, adequadamente, a perspectiva dos demandantes de direitos com experiências de vida e pontos de vista muito diferentes (*blind spots* de perspectiva). E, terceiro, legisladores que são focados sobre um objetivo particular, e que tem experiência jurídica limitada, pode ser mal provido para perceber meios em que uma pretensão baseada em direitos possa ser mais totalmente acomodada, sem custos indevidos aos propósitos legislativos relevantes (*blind spots* de acomodação).”

de uma maior garantia dos direitos fundamentais, foi o primeiro propósito buscado neste capítulo.

Todavia, há de se dar mais um passo, o qual será ainda melhor desenvolvido no Capítulo seguinte. A relevância constitucional em promover e proteger os direitos fundamentais deve ser a fonte última da identificação da omissão estatal inconstitucional. O dever de legislar, que não pode ser suficientemente reconduzido a tipos normativos específicos e a ordens expressas de legislação, quando descumprido implica a omissão legislativa inconstitucional. A efetividade dos direitos fundamentais não é um dado *a priori*, dependente de tipologias normativas, daí porque o assegurar essa efetividade deva ser a razão última do *dever constitucional de legislar*. Por sua vez, a ausência de efetividade desses direitos pode decorrer não da falta de lei, e sim da falta de coordenação entre órgãos e entidades públicas que resulta na falência da própria lei. A solução da omissão, nesses casos, não pode ser imposta a um único órgão, e isso porque a omissão decorre de falhas estruturais.

A fonte do imperativo constitucional da ação estatal devem ser os próprios direitos fundamentais, de modo que a configuração da omissão inconstitucional dependerá de saber se o legislador e os órgãos de governo estabeleceram ou não os meios necessários para a realização na melhor medida possível dos direitos diante das circunstâncias e limitações fáticas envolvidas. A violação dos direitos ou sua falta de proteção podem decorrer do descompasso entre o que previsto em lei e o que realizado como política pública. Isso significa que haverá omissão inconstitucional sempre que a falta de políticas públicas encerrarem uma *proteção deficiente* dos direitos fundamentais, independentemente da tipologia dos enunciados constitucionais correspondentes. Essa ausência de políticas públicas satisfatórias pode surgir a partir de falhas estruturais e não da inércia específica de um órgão e entidade. No mais, o aprofundamento dessa deficiência também encontra em falhas estruturais sua matriz, haja vista a incapacidade de os poderes políticos modificarem o quadro negativo.

A proposta aqui apresentada, de dar um passo além das identificações puramente semânticas e formalistas como pressupostos da omissão legislativa inconstitucional, deve ser ainda mais ampliada. Como o Capítulo seguinte demonstra, o passo pode ser ainda mais largo. A omissão inconstitucional pode estar envolvida em uma falha estrutural ampla de proteção de direitos fundamentais pelo Estado, a implicar a vulneração massiva, contínua e generalizada desses direitos. Trata-se de hipótese de grave problema social a ponto de a solução reclamar a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações, podendo começar por medidas legislativas e orçamentárias. Quadro de violação, dessa natureza e extensão, da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, originado da omissão estatal

permanente, recebeu da Corte Constitucional colombiana o nome de “estado de coisas inconstitucional” e tratamento teórico exemplar, que merece ser abordado em separado, no Capítulo seguinte. A ideia aqui é a de apresentar o estado de coisas inconstitucional como modalidade extremada de omissão inconstitucional.

3 DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO AO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”

3.1 Apresentando o “estado de coisas inconstitucional”

No Capítulo anterior, a tese dirigiu-se, inicialmente, a desafiar a visão tradicional da omissão legislativa inconstitucional no Brasil. Busquei ampliar seus pressupostos ao relacioná-la com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, identificando sua ocorrência com a proteção deficiente desses direitos em vez de, tão somente, com o descumprimento de ordens expressas de legislar constantes de enunciados constitucionais específicos. A ideia é a de correlacionar a omissão com a verificação de falhas da atuação concreta dos dispositivos constitucionais a revelar tutela insuficiente de direitos. O descumprimento do dever de legislar decorreria da inércia do legislador em criar as condições necessárias para o gozo efetivo dos direitos fundamentais, ou em deixar de afastar ou minimizar os obstáculos reais, as limitações fáticas que impeçam a fruição desses direitos, e isso independentemente da tipologia ou especificidade dos enunciados constitucionais. No fim, aponte que a omissão inconstitucional pode decorrer da falta de coordenação estrutural entre lei e os modos de sua aplicação sob a forma de políticas públicas, o que não tem recebido grande atenção da doutrina.

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

Diante de quadro dessa natureza, faz-se em jogo, segundo aponta Clara Inés Vargas Hernández, magistrada da Corte Constitucional colombiana, o “compromisso ético do juiz constitucional de não permanecer indiferente e imóvel frente a diversas situações estruturais,

que se inter-relacionam lesando de maneira grave, permanente e contínua numerosos direitos inerentes ao ser humano”. O juiz constitucional, de acordo com a magistrada, é chamado a cumprir o papel de “garantidor da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática e pluralista”.¹⁸⁰ A Corte Constitucional colombiana, em diferentes situações, tem cumprido esse papel – o de tutela da dimensão objetiva dos direitos fundamentais – por meio do aludido mecanismo por ela criado, denominado de estado de coisas inconstitucional. Para Libardo José Ariza,

A doutrina do [estado de coisas inconstitucional] defende a intervenção estrutural da Corte Constitucional naqueles casos em que detecta uma violação massiva e sistemática de direitos. Tal situação é entendida como tendo sido gerada por deficiências dos arranjos institucionais do Estado. [...] quando a Corte detecta um “bloqueio institucional” que gere uma violação de direitos dessa magnitude, ela declara a existência de uma realidade inconstitucional, sendo a principal consequência que a Corte passa a cumprir funções de criar políticas públicas, alocar recursos, e implementar direitos sociais e econômicos que seriam de competência do poder legislativo em um modelo convencional de separação de poderes.¹⁸¹

A Corte Constitucional colombiana atua para defender não um direito fundamental individual, e sim o sistema de direitos fundamentais, a dimensão objetiva desses, decorrente não de um enunciado constitucional específico e expressivo de uma ordem de legislar, e sim da Constituição como um todo. A declaração do estado de coisas inconstitucional revela-se, assim, “mecanismo jurídico” caracterizado pela “presença de um juiz constitucional muito mais ativo socialmente, mais comprometido com a busca de soluções profundas aos problemas estruturais” que “repercutem sobre o disfrute dos direitos fundamentais”. Um juiz constitucional que vai além de resolver casos particulares, e “assume uma verdadeira dimensão de estadista, destacando-se como um agente de transformação”, cujas decisões exigem “a atuação coordenada de diferentes autoridades públicas” dirigida à superação das violações de direitos fundamentais.¹⁸²

¹⁸⁰ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “*estado de cosas inconstitucional*”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales** Año 1, Nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003, p. 206.

¹⁸¹ ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 129.

¹⁸² HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “*estado de cosas inconstitucional*”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales** Año 1, Nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003, p. 206-207.

Com efeito, ao utilizar o instrumento da declaração do estado de coisas inconstitucional, a Corte deixa de restringir-se à função de garantidor de direitos individuais em casos particulares e assume papel muito mais ativo, o de “formular ou contribuir à formulação de políticas públicas e de assegurar sua implementação e o controle de sua execução”.¹⁸³ Em face de sistemática omissão estatal, incluída a omissão legislativa, a Corte busca estabelecer um modelo coordenado de ação, que alcança diferentes atores, voltado a reverter o quadro de massiva transgressão de direitos fundamentais. A Corte tanto interfere em escolhas políticas quanto procura assegurar que essas escolhas se concretizem e surtam efeitos reais. Agindo assim, a Corte tanto determina como supervisiona as ações públicas.

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, do ponto de vista empírico, prova a grande distância que há entre prescrever a existência de direitos fundamentais em textos constitucionais solenes, e o efetivo gozo desses direitos no plano da realidade social. Essa perspectiva prova que a omissão estatalizada tem a ver com enunciados constitucionais específicos, e sim com as condições precárias de fruição desses direitos, em relação às quais o legislador, o administrador ou ambos nada fizeram ou fazem para remediar. Sem embargo, assumir essa premissa torna-se ainda mais relevante em países marcados por profunda desigualdade social, como Colômbia, Brasil e os demais países latino-americanos. Com a declaração do estado de coisas inconstitucional, a Corte procura aproximar a realidade social concreta das promessas de direitos “no papel”. A Corte acaba atuando como agente de transformação social.¹⁸⁴

A possibilidade de o juiz constitucional tomar medida dessa grandeza está diretamente relacionada, portanto, ao papel que ele pode cumprir assumida a perspectiva teórica da violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como pressuposto da omissão inconstitucional. No estado de coisas inconstitucional, a Corte afirma existir quadro permanente e grave de violação de direitos fundamentais e que falhas estruturais de políticas estatais são fatores centrais desse estado contrário à Constituição. São as omissões estatais de um modo geral, desvinculadas a preceitos constitucionais específicos, mas relacionadas ao dever geral de fazer valer o sistema objetivo de direitos fundamentais, que autorizam a intervenção judicial ampla e estruturante.

¹⁸³ MORELLI, Sandra. The Colombian Constitutional Court: From Institutional Leadership, to Conceptual Audacity. In: BREWER-CARÍAS, Allan R. **Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Study**. Op. cit., p. 372-373.

¹⁸⁴ GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). **Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?** Aldershot: Ashgate, 2006; GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.

Surge a possibilidade de o juiz interferir e determinar a confecção de leis e políticas públicas, voltadas à superação do estado permanente de violação a direitos. Em vez de deixar o Governo livre para decidir se e quando dirigir esforços para enfrentar o quadro de inconstitucionalidades, cortes constitucionais, reconhecendo a inexistência ou deficiência de medidas para reverter essa realidade insuportável, declaram o estado de coisas inconstitucional e chamam para si o impulso e a supervisão do processo de superação da situação inconstitucional. Trata-se, sem dúvida, de postura das mais ambiciosas que cortes constitucionais podem assumir. Inevitavelmente, decisões desse calibre levantam acusações de usurpação de poder e atuação democraticamente ilegítima. Surgem suspeitas de ativismo judicial. Contudo, antes de tentar equacionar elogios e críticas, faz-se necessário o aprofundamento histórico e teórico sobre o instituto tal como desenvolvido pela Corte Constitucional que lhe deu origem: a colombiana.

3.2 **Evolução da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana em torno do “estado de coisas inconstitucional”**

Com raiz nos *structural remedies* dos Estados Unidos,¹⁸⁵ o “estado de coisas inconstitucional” foi declarado, pela primeira vez pela Corte Constitucional colombiana, em um caso envolvendo direitos previdenciários e de saúde de professores municipais. Desde então, o instrumento foi utilizado para afastar a mora no pagamento de pensões, para assegurar melhorias do sistema carcerário do país, em favor de defensores de direitos humanos, para determinar a convocação de concurso de notários e no dramático caso das pessoas desalojadas em razão da violência no país. Cada um desses casos será analisado com relativa atenção para a melhor compreensão do alcance, dos pressupostos e dos efeitos das decisões por meio das quais o estado de coisas inconstitucional é reconhecido.¹⁸⁶ Antes, no entanto, faço um levantamento histórico da atuação da Corte Constitucional colombiana para demonstrar que o estado de coisas inconstitucional não consiste em momento isolado da jurisprudência ativista da Corte.

¹⁸⁵ Cf. WEAVER, Russel L. The Rise and Decline of Structural Remedies. *San Diego Law Review* Vol. 41, 2004, p. 1.617-1.632.

¹⁸⁶ Ver as *Sentencias* T-068, de 1998, Rel. Alejandro Martínez Caballero; T-153, de 1998, Rel. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-250, de 1998, Rel. Alejandro Martínez Caballero; T-590, de 1998, Rel. Alejandro Martínez Caballero; T-606, de 1998, Rel. José Gregorio Hernández Galindo; SU-090, de 2000, Rel. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-847, de 2000, Rel. Carlos Gaviria Díaz; T-1695, de 2000, Rel. Marta Victoria Sáchica Méndez; T- 025, Rel. Manuel José Cepeda Espinosa.

3.2.1 Uma visão geral da jurisprudência ativista da Corte Constitucional colombiana

A Corte Constitucional da Colômbia é considerada paradigma do ativismo judicial na América Latina e uma das cortes mais ativistas do mundo. O avanço dos trabalhos da Corte insere-se no movimento iniciado no fim dos anos 80 e começo dos 90, quando vários países da América Latina experimentaram profundas reformas constitucionais dirigidas a restabelecer ou fortalecer a democracia, institucionalizando, em novos documentos constitucionais, extensa lista de direitos fundamentais e sociais, e cortes constitucionais ou, simplesmente, novos e amplos poderes para as cortes supremas já existentes (como foi o caso do Brasil). Nesse novo cenário político-institucional, houve marcante avanço da judicialização da política e do ativismo judicial envolvendo a proteção desses direitos. Dentro dessa nova perspectiva latino-americana, o tribunal de mais destaque é, sem dúvida, a Corte Constitucional da Colômbia.

No ano de 1991, foi promulgada a nova Constituição da Colômbia, com grande vocação normativa, com extensa lista de direitos fundamentais (artigos 11 a 41) e, particularmente, comprometida com os direitos sociais (artigos 42 a 77). A Corte Constitucional foi instituída com amplo acesso à sua jurisdição e significativas competências e poderes de controle sobre os atos dos outros atores do governo e em torno da missão fundamental de “guarda da integridade e supremacia da Constituição” (artigo 241). Foi estabelecido o controle misto de constitucionalidade das leis: o controle abstrato por meio das *acciones públicas*, que podem ser propostas diretamente na Corte por qualquer cidadão (artigos 241, §§ 1º e 4º, 242, § 1º), e o controle concreto em sede de revisão das decisões judiciais tomadas nas *acciones de tutela*, propostas pelos cidadãos para a defesa dos direitos constitucionais.

Desde que iniciou as atividades, a Corte Constitucional colombiana tem acumulado “amplo respeito popular”,¹⁸⁷ envolvendo-se e deixando-se envolver nas principais questões políticas e sociais do país. Segundo David Landau, “a popularidade da Corte, que sugere uma ligação direta com a população, bem como sua habilidade de estimular discussão e engajamento por grupos da sociedade civil sobre questões proeminentes, sugerem que ela pode não ser tão antidemocrática quanto a teoria [constitucional norte-americana] padrão

¹⁸⁷ GLOPPEN, Siri; *et al.* **Courts and Power in Latin America and Africa**. New York: Palgrave Macmillan, 2010, p. 53.

afirmaria”.¹⁸⁸ A Corte tem sido bastante ativista, principalmente, em dois campos de ação: o controle das práticas políticas e das ações dos Poderes Executivo e Legislativo, e a promoção dos direitos fundamentais, sociais e econômicos.¹⁸⁹

3.2.1.1 O controle das práticas políticas e das ações dos Poderes Executivo e Legislativo

Com relação ao primeiro campo, a Corte Constitucional tem buscado tornar efetivas as qualidades de eficiência, responsabilidade e responsividade do sistema político de poderes separados que a Assembleia Constituinte procurou implementar. Recusando a característica de centralização de poder no governo central, marca do regime constitucional anterior e que tanta desconfiança e desprezo causou aos cidadãos colombianos no passado, o constituinte de 1991 procurou o equilíbrio entre os poderes. A Corte Constitucional, controlando atos abusivos do Executivo e do Parlamento, principalmente do primeiro, tem tentado manter viva essa proposta de equilíbrio de forças.¹⁹⁰ Dois casos particulares demonstram essa postura: o controle das declarações, pelo Executivo, de estado de exceção (item 2.1.1.1); o controle da reforma constitucional para permitir reeleições presidenciais (item 2.1.1.2).

3.2.1.1.1 O controle judicial das declarações de estado de exceção

A Corte Constitucional proferiu decisões importantes que reduziram a capacidade de o Presidente declarar “estado de exceção”.¹⁹¹ Recusando a postura longa de passividade judicial que caracterizou a atuação da Corte Suprema de Justiça,¹⁹² a Corte Constitucional, em diferentes decisões, exerceu um nível bastante denso de escrutínio sobre as decisões de

¹⁸⁸ LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. **Harvard International Law Journal** Vol. 51 (2), 2010, p. 322.

¹⁸⁹ YEPES, Rodrigo Uprimny. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos** Vol. 6, 2007, p. 54.

¹⁹⁰ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. **Washington Univ. Global Studies Law Review** Vol. 3, 2004, p. 631.

¹⁹¹ De acordo com os artigos 213 e 214, parágrafo único da Constituição, o Presidente pode declarar “estado de exceção” nas hipóteses de perturbação da ordem pública, ameaça à estabilidade institucional e à segurança do Estado, devendo enviar à Corte Constitucional a declaração para a sua análise de constitucionalidade.

¹⁹² Antes da Constituição de 1991 e da criação da Corte Constitucional, a Corte Suprema de Justiça, órgão de cúpula da jurisdição ordinária do país, exercia o papel de órgão máximo no controle de constitucionalidade.

emergência do Executivo.¹⁹³ A Corte Constitucional não deixou de reconhecer a discricionariedade do Presidente para decidir quando declarar estado de exceção e por quanto tempo. No entanto, desde o primeiro julgado em 1992, embora tenha considerado constitucionais duas declarações de estado de exceção, a Corte assentou a possibilidade de o controle de constitucionalidade ser integral e não parcial.¹⁹⁴ Isso significou ir além da fiscalização de questões procedimentais para exercer um controle material das razões políticas da medida emergencial. Com essa postura, afirmou a inconstitucionalidade de duas declarações de exceção entre 1994 e 1995.¹⁹⁵

Essas decisões, com o uso da “doutrina do controle judicial material” da declaração do estado de exceção, resultaram em acusações de “ditadura judicial” por tornar impossível ao governo controlar a ordem pública. O problema dessas decisões estava no dramático contexto de violência pela atuação das Forças Armadas Revolucionárias (FARC), grande ameaça às instituições democráticas colombianas com sequestros e assassinatos de políticos e até de magistrados. A Corte teve o apoio de sindicatos, organizações de defesa de direitos humanos, de líderes de novos movimentos políticos e de alguns acadêmicos. De outro lado, foi atacada duramente por figuras importantes do governo, das elites econômicas, de parte da academia jurídica e por muitos líderes de partidos políticos tradicionais. Foram feitas, inclusive, sucessivas propostas de emendar a Constituição para eliminar expressamente a possibilidade desse controle judicial. Apesar da popularidade da Corte, os assassinatos promovidos pelas FARC colocavam essas decisões em situação delicada.

O clímax veio com o assassinato de Álvaro Gómez – jurista, jornalista, ex-candidato a presidente da República e conhecido membro da elite política – em novembro de 1995. Logo depois do ocorrido, o governo colombiano decretou novo estado de exceção. O novo decreto era um desafio à Corte uma vez que, por meio da *Sentencia* nº C-466/1995, ela havia acabado de declarar a inconstitucionalidade do estado de exceção decretado no mês anterior, em 18 de outubro de 1995 (*Decree* 1.370). Segundo descreve Rodrigo Uprimny, foi um desafio “difícil de resistir”: se a Corte Constitucional anulasse também essa nova declaração, seria finalmente aprovada a reforma constitucional para excluir a possibilidade desse controle judicial; por

¹⁹³ YEPES, Rodrigo Uprimny. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.) **Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies**. Londres: Frank Cass, 2004, p. 54.

¹⁹⁴ *Sentencia* nº C-004/1992; *Sentencia* nº C-447/1992.

¹⁹⁵ *Sentencia* nº C-300/1994; *Sentencia* nº C-466/1995.

outro lado, se mantivesse o decreto presidencial, seria criticada por “ser inconsistente e por não ser capaz de resistir às pressões políticas”.¹⁹⁶

Dentro desse quadro, a Corte adotou o caminho do meio, decidindo pela inconstitucionalidade apenas parcial do novo decreto.¹⁹⁷ Assentou que os fatos envolvidos não eram suficientes a justificar a declaração do estado de exceção, o que foi consistente com suas decisões anteriores. Todavia, concluiu que o assassinato de Álvaro Gómez, assim como as ameaças de morte feitas a outros líderes políticos legitimavam o uso de “poderes de emergência” pelo governo central.¹⁹⁸ Equilibrando tais condições, a Corte Constitucional ainda tomou outras decisões ativistas da espécie, inclusive durante o governo muito popular de Álvaro Uribe.¹⁹⁹ Os efeitos práticos dessas decisões têm se revelado satisfatórios, tendo sido reduzido drasticamente o “tempo vivido pelos colombianos em estados de exceção, [que] caiu de 80%, na década de 1980, para menos de 20% a partir da introdução desse controle judiciário, na década de 1990”.²⁰⁰

3.2.1.1.2 O controle de constitucionalidade da reeleição presidencial

A Corte Constitucional colombiana compõe o reduzido grupo de cortes constitucionais que realiza o controle de validade material de reforma da constituição.²⁰¹ De acordo com o Título XIII da Constituição colombiana, o exercício do poder de reforma constitucional deve observar as regras procedimentais e de competência estabelecidas em seus artigos 374 a 380, sendo expressamente previsto, no artigo 379, que as mudanças do texto constitucional apenas poderão ser declaradas inconstitucionais caso esses limites formais não sejam observados. Portanto, a Constituição não prevê limites materiais ou cláusulas pétreas em face do legislador

¹⁹⁶ YEPES, Rodrigo Uprimny. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.) **Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies**. Op. cit., p. 59.

¹⁹⁷ *Sentencia* nº C-027/1996.

¹⁹⁸ YEPES, Rodrigo Uprimny. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.) **Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies**. Op. cit., p. 59.

¹⁹⁹ *Sentencia* nº C-216, de 29/03/2011.

²⁰⁰ YEPES, Rodrigo Uprimny. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos** Vol. 6, 2007, p. 56.

²⁰¹ O controle de validade material de reforma da Constituição pressupõe a existência no texto constitucional originário de matérias fundamentais – princípio federativo, direitos fundamentais, etc. – que não estão disponíveis à supressão ou à redução de seu alcance pelo legislador reformador. Caso o legislador da reforma ultrapasse esses limites materiais, a emenda constitucional poderá ser julgada inconstitucional. O controle de validade formal, por sua vez, pressupõe a violação de regras procedimentais e de competência para a reforma. Além da Corte Constitucional colombiana, compõem ainda esse grupo a Corte Constitucional da Costa Rica, a Suprema Corte da Índia, a Corte Constitucional da Turquia e o Supremo Tribunal Federal.

reformador, mas apenas a possibilidade de inconstitucionalidade de emenda constitucional por vício formal. Não obstante, a Corte Constitucional construiu, a partir desses mesmos enunciados normativos, uma jurisprudência no sentido de impor limites materiais ao legislador reformador.

Para a Corte, os limites de competência resultam na impossibilidade de o poder de reforma substituir a Constituição “por outra integralmente distinta ou oposta” (*regra da substituição*). No entanto, caberia a ela, Corte Constitucional, decidir se uma determinada reforma equivale à substituição da Constituição. Seus juízes definiram que substituir a Constituição significa alterar “princípios e valores do ordenamento constitucional que lhe dão identidade” – alterar cláusulas essenciais que resultam na “transformação da própria natureza do regime constitucional”. Se a Corte concluir que certa reforma alcança esses “princípios e valores pivotais”, então terá ocorrido a substituição indevida da Constituição e essa medida deverá ser declarada inconstitucional.²⁰² Embora a Corte afirme estar envolvida violação de *regra de competência*, ela está formulando parâmetros de controle de constitucionalidade por *vício material*. Ela está impondo *limites materiais* ao poder de reforma.

Esse raciocínio foi aplicado para resolver a complexa questão da reeleição presidencial na Colômbia em duas oportunidades, com resultados distintos, mas coerentes entre si. Primeiro, na *Sentencia* nº C-1040,²⁰³ em outubro de 2005, a Corte Constitucional aplicou a *regra da substituição* para julgar a constitucionalidade de emenda constitucional que passou a permitir a reeleição presidencial, em única oportunidade, pela primeira vez na história do país (*a cláusula de reeleição imediata*). Para a Corte, o fato de a Constituição de 1991 ter proibido, originariamente, exercente de cargo de presidente a concorrer novamente ao posto não impedia emenda constitucional de adotar o regime de reeleição presidencial. Para uma maioria apertada (5-4), essa alteração não equivaliu à substituição da Carta vigente nem afrontou a vontade original do poder constituinte originário. Ao contrário, correspondeu a uma prática legítima de “atualiza[ção] do desenho institucional quando a realidade sociopolítica assim exige”.

Para a maioria dos membros da Corte, as avaliações de oportunidade e conveniência da medida pertenceriam à esfera política e, por isso, “não podem ser uma questão de decisão

²⁰² A elaboração mais remota pela Corte Constitucional desse argumento da “regra de substituição” pode ser encontrada na *Sentencia* nº C-551, de 09/07/2003. Contudo, essa prática jurisprudencial de efetiva aplicação do controle de reforma constitucional tendo como parâmetro a ideia de “identidade da Constituição” parece inspirar-se na antiga linha jurisprudencial da Suprema Corte indiana (cf. a decisão *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* [1973] 4 SCR 225) (Capítulo I, item 4, *infra*), que declarou a inconstitucionalidade material de emenda constitucional por decidir que não é permitido ao Parlamento, mesmo no exercício do poder de reforma constitucional, alterar a “estrutura básica” da Constituição indiana.

²⁰³ *Sentencia* nº C-1040, de 19/10/2005.

pelo juiz constitucional”. O julgamento durou quatro semanas e meio, tendo paralisado as atividades políticas do país e mobilizado a atenção do público. Importante situar a decisão no contexto de popularidade do então presidente da Colômbia. A decisão permitiu, para o ano seguinte, a reeleição de Álvaro Uribe, cujo governo, à época, contava com aprovação de 70% da população. Contudo, a mera possibilidade de a Corte recusar a polêmica emenda da reeleição levou alguns partidários de Uribe, principalmente, o Senador Ciro Ramírez, a proporem, como respostas, a “consulta popular” (artigo 104 da Constituição), o voto em branco e até mesmo a “desobediência civil” à Corte Constitucional. A proposta de desobediência civil foi muito criticada, tendo sido defendido em várias partes do país o respeito às decisões da Corte Constitucional.

Em segundo momento, na *Sentencia* nº C-141,²⁰⁴ de fevereiro de 2010, a Corte enfrentou o questionamento de constitucionalidade de lei que convocara referendo popular para a aprovação de reforma constitucional que permitiria uma segunda reeleição presidencial imediata (*Ley* 1.354 de 2009). Se aprovada a nova mudança da Constituição, Álvaro Uribe, também com aprovação de 70% da população na época, fatalmente obteria o terceiro mandato consecutivo. A Corte julgou inconstitucional a lei, tendo a maioria dos juízes (7-2) concluído que a emenda constitucional pretendida viria a configurar uma substituição da Constituição. A *lei do referendo* foi declarada inconstitucional, mas os motivos subjacentes dizem com o controle de constitucionalidade da reforma constitucional perseguida. Foi uma das decisões mais importantes da história da Corte Constitucional.

Para a maioria, seguindo as palavras do relator, o magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, a pretensão de uma segunda reeleição presidencial imediata violava o princípio da separação de poderes, “identificado como um dos elementos fundantes da Constituição Colombiana de 1991, e cuja transgressão tem dado lugar à declaração de inexecutabilidade de enunciados normativos reformatórios do texto constitucional.” Para os juízes, o eventual prolongamento do mandato presidencial em até 12 anos acarretaria a ruptura do equilíbrio de poderes entre a figura do Presidente e os demais poderes e órgãos de governo. A consequente concentração de poderes nas mãos do Chefe do Executivo colocaria em risco o sistema de freios e contrapesos, haja vista enfraquecer a independência dos órgãos de controle, inclusive os judiciais, sobre os atos do Presidente. A manobra pretendida por eventual emenda constitucional, em tese, poderia então favorecer “a tirania e a opressão”, substituindo “elementos basilares da Carta vigente” por outros em sentido contrário.

²⁰⁴ *Sentencia* nº C-141, de 26/02/2010.

Para a Corte, ademais, a segunda reeleição imediata vulneraria o próprio regime democrático, consagrado na Constituição de 1991, por desvirtuar “o princípio da alternância [de poder], já que manteria no cargo uma pessoa e imporia a reprodução de uma mesma tendência política e ideológica durante lapso maior do que possa ser considerado razoável de acordo com as regras de funcionamento de um regime presidencial típico e ao que o próprio constituinte estabeleceu”. Para a maioria dos magistrados da Corte Constitucional, a proposta de segunda reeleição imediata promoveria “notável menoscabo” às forças minoritárias e de oposição, colocando em sério risco o ideal de democracia participativa e pluralista. A situação se mostrava ainda mais delicada se considerada a situação concreta do então Presidente Álvaro Uribe, há oito anos no poder e que, certamente, se reelegeria mais uma vez.

Por tudo isso, a maioria dos juízes da Corte julgou que uma “segunda reeleição presidencial substitui eixos estruturais da Constituição Política e, portanto, a Lei 1.354 de 2009, que busca fazer possível uma reforma constitucional que a institua (a segunda reeleição), vulnera a Carta e deve ser declarada inconstitucional”. Conforme a primeira decisão, uma reeleição imediata mantém intacta a identidade da Constituição, mas, de acordo com este novo julgamento, duas reeleições seguidas, por violarem a separação de poderes, a democracia e o princípio da igualdade, representam uma ruptura com a ordem constitucional de 1991. Em resposta ao julgamento, o Presidente Uribe declarou aceitar e respeitar a decisão da Corte Constitucional. Relevante anotar que, muito graças ao seu capital institucional elevado, a Corte interferiu decisivamente nos rumos políticos do país, mas recebeu manifestações de apoio e respeito aos seus pronunciamentos definitivos.

3.2.1.2 A promoção dos direitos fundamentais, sociais e econômicos

Quanto ao segundo campo, o dos direitos fundamentais, sociais e econômicos, a Corte tem tido participação fundamental no avanço da proteção e promoção de direitos no país, seja tutelando diretamente esses direitos, seja guiando a legislação e as decisões das instâncias judiciais inferiores. Sem dúvida, o *ativismo judicial progressista* da Corte tem sido um dos elementos mais significativos do desenvolvimento social dos colombianos, essencial para a satisfação do projeto de constitucionalismo transformativo. De acordo com Manuel José Cepeda-Espinosa,

[...] a Corte tem se posicionado como um fórum crescentemente legítimo que responde a alguns dos mais complexos problemas que afetam a sociedade e as instituições colombianas. Suas doutrinas sobre direitos fundamentais têm

visivelmente permeado a prática e o discurso social em níveis imprevisíveis. Ademais, em tempos recentes, atores sociais e políticos tem gradualmente transferido à corte a solução de suas mais difíceis questões.²⁰⁵

A Corte assegurou, dentre outros direitos: igualdade religiosa em face de privilégios da Igreja Católica,²⁰⁶ proteção da identidade social, cultural e econômica das comunidades nativas,²⁰⁷ a descriminalização do consumo de drogas²⁰⁸ e da eutanásia (*homicidio por piedad*),²⁰⁹ inconstitucionalidade da exigência de licença para o exercício do jornalismo,²¹⁰ a licitude do trabalho sexual e os direitos básicos das prostitutas, inclusive trabalhistas,²¹¹ a proibição de o legislador criminalizar todas as hipóteses de aborto.²¹² Em todas essas decisões, principalmente, na questão do aborto, a Corte tem procurado dirigir a atividade legislativa.

No campo dos direitos sociais, o ativismo judicial da Corte não é quantitativo nem qualitativamente inferior.²¹³ A Corte tem decidido em favor da realização efetiva dos direitos sociais e econômicos, principalmente, nos seguintes temas: direito à saúde,²¹⁴ direito aos serviços de seguridade social,²¹⁵ proteção do idoso,²¹⁶ extensão de benefícios de pensão e aposentadoria em respeito à isonomia,²¹⁷ tratamento igual entre empregados sindicalizados e não sindicalizados,²¹⁸ objeção de incidência tributária sobre o consumo de bens de primeira necessidade (proteção do mínimo vital),²¹⁹ intervenção na indexação dos salários dos servidores públicos,²²⁰ a situação precária inconstitucional das penitenciárias.²²¹ Neste último

²⁰⁵ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington Univ. Global Studies Law Review* Vol. 3, 2004, p. 535.

²⁰⁶ *Sentencia* nº C-027, de 5/2/1993.

²⁰⁷ *Sentencia* nº T-380, de 13/09/1993; *Sentencia* nº SU-510, de 18/09/1998; *Sentencia* nº SU-039, de 03/02/1997.

²⁰⁸ *Sentencia* nº C-221, de 05/05/1994.

²⁰⁹ *Sentencia* nº C-239, de 20/05/1997.

²¹⁰ *Sentencia* nº C-087, de 18/3/1998.

²¹¹ *Sentencia* nº T-629, de 13/08/2010.

²¹² *Sentencia* nº C-355, de 10/05/2006.

²¹³ Cf. YEPES, Rodrigo Uprimny. The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). **Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?** Aldershot: Ashgate, 2006, p. 127-151.

²¹⁴ *Sentencia* nº SU-043, de 09/02/1995; *Sentencia* nº SU-480, de 25/09/2007; *Sentencia* nº SU-819, de 20/10/1999.

²¹⁵ *Sentencia* nº T-140, de 04/03/1999; *Sentencia* nº T-072, de 17/02/1997.

²¹⁶ *Sentencia* nº T-036, de 08/02/1995.

²¹⁷ *Sentencia* nº C-409, de 15/09/1994.

²¹⁸ *Sentencia* nº T-230, de 13/05/1994; *Sentencia* nº T-568, de 10/03/1999; *Sentencia* nº T-436, de 13/04/2000.

²¹⁹ *Sentencia* nº C-776, de 09/09/2003.

²²⁰ *Sentencia* nº C-1017, de 27/11/2003.

²²¹ *Sentencia* nº T-153, de 28/04/1998.

caso, como veremos mais adiante neste capítulo, a Corte declarou a existência do estado de coisas inconstitucional relativo às condições desumanas do sistema penitenciário do país.

Em todos esses casos, a Corte Constitucional não tem decidido em um vácuo. Os ambientes social e político não têm sido desimportantes para a postura judicial assumida pela Corte. Ao contrário, pode-se dizer que o ativismo judicial da Corte Constitucional tem sido social e politicamente situado. Passo a descrever, na sequência, com pouco mais de detalhes, decisões envolvendo transformações políticas e sociais. Por razões de espaço, destacarei apenas dois julgados, mas de extrema relevância: (item 2.1.2.1) o da crise dos devedores hipotecários e (item 2.1.2.2) o do reconhecimento de direitos dos casais homossexuais. Em todos esses casos, resta evidenciado dois pontos essenciais: a relevância do acesso facilitado à Corte para o desenvolvimento de sua jurisprudência socialmente relevante e o quanto a atuação judicial é social e politicamente envolvida.

3.2.1.2.1 O caso dos devedores hipotecários

Grave crise financeira havia afetado os devedores hipotecários na Colômbia entre 1997 e 1999: aproximadamente 200.000 famílias não mais podiam arcar com os juros de seus financiamentos e começaram a perder suas casas.²²² Ante o quadro, os devedores criaram organizações sociais para dar suporte à defesa de seus direitos e enfrentar as poderosas entidades financeiras, realizando marchas pacíficas e formulando pedidos ao Governo e ao Legislativo para que modificassem o sistema de financiamento e perdoassem as dívidas. Os Poderes Executivo e Legislativo se mostraram indiferentes. O primeiro, preocupado apenas com a macroeconomia e o setor financeiro; o segundo, simplesmente não funcionou. Ante tal quadro, os devedores e suas associações formularam *acciones públicas de inconstitucionalidad* diretamente na Corte Constitucional.²²³ A controvérsia girou em torno da “fórmula UPAC” (Unidade de Poder Aquisitivo Constante), utilizada discricionariamente pelo Banco Central para equilibrar os contratos de hipoteca com a inflação anual.

A Corte Constitucional, em decisões proferidas no ano de 1999, interveio na “fórmula UPAC”. A Corte indicou que o percentual de juros estabelecido pelo Banco Central foi muito

²²² Cf. RUEDA, Pablo. Legal Language and Social Change during Colombia’s Economic Crisis. In: COUSO, Javier A.; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. **Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 25-50.

²²³ YEPES, Rodrigo Uprimny; VILLEGAS, Mauricio García. Corte Constitucional y Emancipación Social en Colombia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Coord.). **Democratizar la Democracia: los caminos de la democracia participativa**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 272.

superior ao índice da inflação, acabando com o equilíbrio entre credor financeiro e devedor hipotecário. Por isso, assentou a violação ao direito fundamental à moradia digna (artigo 51 da Carta), determinando a redução do percentual total de juros, proibindo a capitalização, dispensando multas e ordenando novos cálculos dos créditos hipotecários. A Corte negou pudesse o Banco Central normatizar livremente a matéria, devendo o Legislativo formular nova regulamentação do sistema de financiamento para aquisição de imóveis, assegurada melhor equidade na atualização monetária das prestações.²²⁴ Com tais medidas, a Corte garantiu que muitas famílias não perdessem suas moradias. Essas decisões foram bem recebidas pela mídia de massa e pela opinião pública, mas desagradou “grupos empresariais, alguns setores do governo e numerosos analistas [que] atacaram duramente o tribunal constitucional”.²²⁵

No começo do ano de 2000, o Congresso aprovou lei na qual foram incorporadas as determinações assentadas pela Corte: proibiu a capitalização dos juros, afastou multas prévias e determinou que a “fórmula UPAC” refletisse exatamente os índices da inflação. A lei foi promulgada inclusive com efeitos retroativos, permitindo o ressarcimento aos devedores que realizaram pagamentos a maior. No mesmo ano, a lei foi impugnada na Corte, que a declarou constitucional, mas deu interpretação conforme à constituição a vários dispositivos para impor limites ainda mais rigorosos aos juros no sistema de financiamento de habitação.²²⁶ Importante ressaltar que a Corte tomou todas essas decisões fundamentada em direito reconhecido no texto constitucional e de forma dialógica. Por exemplo, antes da *Sentencia* nº C-700, de 16/09/1999, foi promovida audiência pública com a participação de associações civis, grupos comerciais, sindicatos de trabalhadores, ministros de estado, o diretor do Banco Central, vários deputados e senadores.

A atuação da Corte promoveu a interação entre os movimentos dos devedores, a sociedade civil, parlamentares, a mídia e a opinião pública, não tendo o Congresso Nacional, ao final, alternativa senão estabelecer a nova regulamentação do financiamento habitacional, prevendo, como apontado acima, amplo perdão aos devedores e melhor acesso à moradia financiada. Segundo Rodrigo Yepes,

²²⁴ *Sentencia* nº C-383, de 27/05/1999; *Sentencia* nº C-747, de 06/10/1999; *Sentencia* nº C-700, de 16/09/1999.

²²⁵ YEPES, Rodrigo Uprimny. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos** Vol. 6, 2007, p. 59/60. Cf. também LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. **Harvard International Law Journal** Vol. 51 (2), 2010, p. 319-322.

²²⁶ *Sentencia* nº C-955, de 26/7/2000.

[...] o litígio constitucional permitiu uma maior articulação entre os devedores e as suas associações numa espécie de movimento social de desobediência civil, de classe média, contra o setor financeiro e a política estatal de habitação. O movimento não foi, é óbvio, criado pela justiça constitucional; porém, esta propiciou o seu dinamismo quando conferiu não só visibilidade política aos devedores e às suas associações como modificou o sentido das suas intervenções; já não se tratava de queixas de devedores isolados, mas sim de uma tomada de posição coletiva, com o aval do Tribunal, que pôs em questão a política estatal de habitação e o comportamento das entidades financeiras.²²⁷

De acordo com David Landau, “por duas medidas, o trabalho da Corte, apesar de imperfeito, foi um sucesso: foi muito popular e manteve a maioria dos demandantes em suas casas.”²²⁸ Embora as decisões tenham favorecido membros da classe média colombiana, e não os mais pobres, pode-se dizer que a Corte deu voz a setor da sociedade que não encontrou espaço no processo político-legislativo, facilitando transformações do sistema de habitação na direção pretendida pelo constituinte quando elegeu a moradia como direito fundamental. Com apoio da opinião pública e ante a inércia legislativa em resolver problema social grave, a Corte atuou em substituição ao legislador, mas não sem cooperação de diversos segmentos sociais e políticos. Não atuou em um vácuo nem isoladamente. No fim, além de ter respondido a problemas sociais, catalisou o processo legislativo, chamando os poderes políticos a responder às reivindicações correntes.

Decisões da espécie mostram o quanto o acesso fácil à justiça constitucional, por meio da *accione pública de inconstitucionalidad* e da *accione de tutela*, revela-se fator necessário, ainda que não suficiente, para aproximar o cidadão e os movimentos sociais de sua Constituição e garantir-lhes voz efetiva na proteção e promoção de seus direitos. Em vez de envolver-se, majoritariamente, com interesses burocráticos, formalistas e corporativos, a Corte Constitucional colombiana é constantemente convocada a manter vivas as promessas de direitos, de igualdade e de desenvolvimento social formuladas na Constituição de 1991. O desenho do acesso à jurisdição da Corte tem contribuído para a boa percepção social acerca de seu trabalho, permitindo a maior interação entre sociedade/movimentos sociais e interpretação constitucional no âmbito da realização dos direitos fundamentais e em torno de significativas mudanças sociais.

²²⁷ YEPES, Rodrigo Uprimny; VILLEGAS, Mauricio García. Corte Constitucional y Emancipación Social en Colombia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Coord.). **Democratizar la Democracia: los caminos de la democracia participativa**. Op. cit., p. 273.

²²⁸ LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. **Harvard International Law Journal** Vol. 51 (2), 2010, p. 319-322.

3.2.1.2.2 O reconhecimento judicial dos direitos dos homossexuais

Assim como ocorre nos Estados Unidos, no Brasil e na África do Sul, o direito constitucional, na Colômbia, é muito relevante para os homossexuais e membros das organizações LGBT graças às decisões da Corte Constitucional.²²⁹ De forma progressiva, caso a caso, a Corte tem rechaçado medidas discriminatórias por orientação sexual e reconhecido aos homossexuais direitos sociais, patrimoniais, de herança, à união estável, a formar família, estando os temas do “casamento gay” e da adoção irrestrita ainda pendentes de solução definitiva. Como anota Julieta Lemaire Ripoll, a evolução da jurisprudência da Corte tem mobilizado lideranças do movimentado LGBT a reivindicar a progressão desses direitos, oferecendo “um vocabulário e um cenário para fazer exigências” ao dar novo significado à “orientação sexual”: “esta deixou de ser uma questão de cultura e de ‘estilo de vida’ para ser um problema de direitos”.²³⁰

Inicialmente, na primeira metade da década de 90 do século passado, as decisões não foram muito animadoras ao movimento. Em 1994, apesar de reconhecer terem os homossexuais interesses constitucionalmente protegidos e de não poderem ser discriminados como tais, a Corte assentou não configurar censura proibir a exibição de um comercial de prevenção da AIDS porque mostrava dois homens se beijando.²³¹ Apesar do resultado negativo, as ideias de proibição de discriminação por orientação sexual e de tolerância pela diversidade sinalizavam a possibilidade de mudança de rumos. Em julho de 1995, o discurso contra a discriminação foi repetido em decisão por meio da qual foi negada custódia de criança a homem homossexual, tendo a Corte ressaltado que a negativa não tinha por fundamento a opção sexual do envolvido, e sim a sua pobreza e a impossibilidade material de cuidar da criança.²³²

Em março de 1996, foi apreciada ação contra a lei – a *Ley nº 54, de 1990* – por meio da qual foi definida a união estável entre homens e mulheres e os correspondentes efeitos patrimoniais. Arguiu-se a inconstitucionalidade por omissão dessa lei por não constar previsão em favor das uniões homossexuais. A Corte rejeitou o pedido. Segundo o raciocínio desenvolvido, a falta de previsão legal não violava o direito constitucional à livre opção

²²⁹ Sobre essas decisões, cf. CABALLERO, Mauricio Albarracín; QUIJANO, Alejandra Azuero. **Activismo judicial y derechos de los LGTB en colombia sentencias emblematicas**. Bogotá: ILSA, 2009. Também podem ser encontradas no site da organização *Colombia Diversa*: <http://www.colombia-diversa.org/p/sentencias.html>

²³⁰ RIPOLL, Julieta Lemaire. O amor em tempos de cólera: direitos LGBT na Colômbia. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos** Vol. 6 (11), 2009, p. 81.

²³¹ *Sentencia* nº T-539, de 30/11/1994.

²³² *Sentencia* nº T-290, de 5/7/1995.

sexual e a formar parcerias homossexuais, haja vista a figura da “sociedade patrimonial”, em si mesma, não ser “um pressuposto necessário para o exercício desse direito fundamental”. Segundo consta da ementa, “*el derecho fundamental a la libre opción sexual, sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria.*” Assim, para a Corte, não vislumbrando proteção deficiente, a inconstitucionalidade estaria presente apenas se fosse comprovado efetivo propósito pelo legislador de lesão aos homossexuais.²³³

Desde então, as decisões tornaram-se mais protetivas. Em sentença de 1998, a Corte assentou o direito de alunos gays a não serem discriminados no ambiente escolar, determinando o retorno de dois meninos à instituição de ensino da qual haviam sido expulsos por serem homossexuais. Para a Corte, “*la realización efectiva del derecho a la educación exige un proceso de interiorización y práctica efectiva, por parte de todos los miembros de la comunidad educativa, de principios fundamentales para la convivencia armónica, tales como la tolerancia, el respeto a la diversidad, el pluralismo y la igualdad en la diferencia.*”²³⁴ No mesmo ano, com base no princípio da igualdade e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e depois de realizada audiência pública para debater o tema, a Corte não admitiu fosse professor de escola pública punido em razão de sua homossexualidade.²³⁵ No ano seguinte, os mesmos fundamentos foram utilizados para proibir sanção disciplinar no serviço militar que fosse específica aos atos homossexuais.²³⁶

Apesar dessas decisões progressistas em favor de indivíduos homossexuais, a Corte tinha mais dificuldade em avançar direitos em favor de casais homossexuais.²³⁷ No fim do século passado e começo deste, não obstante ter mantido as decisões contra a discriminação a indivíduos por opção sexual,²³⁸ a Corte proferiu sentenças que limitaram direitos em favor dos casais: recusou a inclusão de parceiros homossexuais no sistema de previdência social²³⁹ e no

²³³ *Sentencia* nº C-098, de 7/3/1996.

²³⁴ *Sentencia* nº T-101, de 24/3/1998.

²³⁵ *Sentencia* nº C-481, de 9/9/1998.

²³⁶ *Sentencia* nº C-507, de 14/7/1999.

²³⁷ YEPES, Rodrigo Uprimny. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos** Vol. 6, 2007, p. 57.

²³⁸ *Sentencia* nº T-268, de 7/3/2000: garantir o desfile de travestis na cidade de Neiva; *Sentencia* nº C-373, de 15/5/2002: inconstitucionalidade de norma que incluía a homossexualidade como motivo de infração disciplinar em face de notário; *Sentencia* nº T-435, de 30/5/2002: anulou ato de Diretora de Escola religiosa por meio do qual havia revogado matrícula de aluna menor lésbica; *Sentencia* nº T-499, de 12/6/2003: assegurou a visita íntima em cadeia de lésbica; *Sentencia* nº T-808, de 18/9/2003: impediu a expulsão de membro homossexual pela Associação de Escoteiros da Colômbia; *Sentencia* nº T-301, de 25/3/2004: assegurou o uso de espaço público para reunião entre homossexuais.

²³⁹ *Sentencia* nº T-999, de 2/8/2000; *Sentencia* nº T-1.426, de 9/10/2000.

seguro obrigatório da saúde;²⁴⁰ impediu a adoção de crianças.²⁴¹ Neste último caso, em ação de inconstitucionalidade dirigida contra o Código de Menores, a Corte consignou, explicitamente, a natureza heterossexual da família, ou seja, a “família” como entidade natural ou jurídica formado por homem e mulher. Todas essas decisões, ao mesmo tempo em que fizeram surgir uma atitude social mais tolerante em relação à diversidade sexual, mobilizaram ativistas na luta pela expansão de direitos em favor dos casais homossexuais.

Tendo em conta as decisões de 2000 e 2001 por meio das quais a Corte negou direitos aos casais do mesmo sexo, os ativistas dirigiram-se ao Congresso, utilizando-se da “linguagem de direitos” assentada pela própria Corte.²⁴² Diferentes projetos de leis foram propostos, mas todos foram rejeitados graças à oposição feita pela Igreja Católica e por outras religiões cristãs, por políticos e partidos conservadores. Em novo contexto social e midiático, as organizações de direitos dos homossexuais resolveram voltar ao litígio judicial. Motivada pelo intenso debate social, a Corte reviu sua posição e decidiu que configura afronta à dignidade da pessoa humana e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade a proteção deficiente revelada pela ausência de extensão, na *Ley n° 54, de 1990*, em favor dos casais homossexuais, do reconhecimento jurídico da união estável (*union marital de hecho*) e dos efeitos patrimoniais decorrentes.²⁴³

Com essa decisão, foram equiparados os regimes patrimoniais das uniões hetero- e homossexuais, deixando a heterossexualidade de ser condição para o gozo desses direitos. Para rever sua posição em relação à aludida lei, a Corte afastou, expressamente, a objeção da coisa julgada constitucional referente aos julgamentos anteriores por meio dos quais declarou a validade da omissão legislativa questionada. A partir de então, outros importantes direitos foram reconhecidos em favor dos casais homossexuais: filiação obrigatória de parceiro homossexual no seguro obrigatório da saúde;²⁴⁴ pagamento de pensão a parceiro sobrevivente, admitindo, assim, a inclusão no sistema de previdência social;²⁴⁵ direito e dever de alimentos entre parceiros homossexuais.²⁴⁶

Na extraordinária sentença n° C-029, de 2009, a Corte, em ação de inconstitucionalidade, explicitou, em única decisão – como se estivesse formulando um “Código da Diversidade Sexual” –, diferentes direitos dos casais homossexuais equiparados

²⁴⁰ *Sentencia* n° T-618, de 29/5/2000; *Sentencia* n° SU-623, de 14/6/2001.

²⁴¹ *Sentencia* n° C-814, de 2/8/2001.

²⁴² RIPOLL, Julieta Lemaire. O amor em tempos de cólera: direitos LGBT na Colômbia. **SUR** Vol. 6 (11), 2009, p. 81.

²⁴³ *Sentencia* n° C-075, de 7/2/2007.

²⁴⁴ *Sentencia* n° C-811, de 3/10/2007; *Sentencia* n° T-856, de 12/10/2007.

²⁴⁵ *Sentencia* n° C-366, de 16/4/2008; *Sentencia* n° T-1.241, de 11/12/2008.

²⁴⁶ *Sentencia* n° C-798, de 20/8/2008.

aos heterossexuais: regime patrimonial; direitos e obrigações de alimento; aquisição de nacionalidade colombiana; responsabilidades e agravantes penais; regimes e benefícios civis e previdenciários; subsídios familiares; indenização por acidente de trânsito; impedimentos ao exercício de funções públicas. A Corte não admitiu fosse o argumento da “coisa julgada constitucional absoluta” objeção para que pudesse rever sua posição. A tônica foi a da evolução social sobre o tema.

Esse processo teve larga participação do movimento LGBT e gozou de forte apoio de líderes de opinião pública, tendo promovido pouca reação dos opositores conservadores. A ausência de forte reação política pode ser explicada, talvez, porque a Corte deixou claro, como havia feito em suas últimas decisões, que embora o conceito de família tenha sido ampliado para alcançar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda não abrangia a possibilidade de contraírem “matrimônio” nem de adotarem crianças. Estrategicamente ou não,²⁴⁷ a Corte Constitucional dava um passo de cada vez. O dever de o legislador reconhecer o “casamento gay” foi expressamente discutido pela Corte na *Sentencia C – 886*, de 2010. Todavia, por compreender que a demanda baseava-se em uma fundamentação geral, sem clareza, pertinência e suficiência, o Pleno decidiu não admitir a ação de inconstitucionalidade, não chegando a examinar a questão de fundo em razão de supostos vícios formais do pedido.²⁴⁸

Chamou a atenção o voto conjunto de ressalva dos magistrados Maria Victoria Calle Corraera, Juan Carlos Henao Perez, Jorge Ivan Palacio Palacio e Luis Ernesto Vargas Silva que, criticando a decisão, ressaltaram as transformações sociais ocorridas – “as mudanças sociais que se têm dado na instituição familiar” – a exigirem o pronunciamento de fundo do Tribunal a favor do reconhecimento do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo. Votos vencidos da espécie servem para manter viva e até fortalecer a luta por aqueles que reivindicam seus direitos²⁴⁹:

La Corte Constitucional, en la sentencia C-886 de 2010, desconoció el dolor y el sufrimiento que implica para las personas el que se les impida construir su relación amorosa y afectiva con el debido respeto y reconocimiento. Desconoció los cambios que se han suscitado en la institución de la familia. Las historias de vida de las personas del mismo sexo que se sienten condenadas a ser tratadas como personas

²⁴⁷ Para a ação estratégica da Corte colombiana, cf. RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. (Ed.) **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 81-98.

²⁴⁸ *Sentencia* nº C-886, de 11/11/2010.

²⁴⁹ GUINER, Lana. Foreword: Demosprudence through dissent. **Harvard Law Review** Vol. 122 (1), 2008, p. 4-138: votos dissidentes, formulados como apelos em linguagem popular, empoderam as pessoas a reivindicarem mudanças.

'distintas' y que reciben un trato excluyente, no encuentra justificación razonable bajo el orden constitucional vigente.

Los magistrados que salvamos el voto esperamos que en un futuro próximo la Corte Constitucional considere los derechos de las parejas de personas del mismo sexo, así como los cambios sociales que se han dado en la institución familiar, porque esta vez, como se dijo, vinieron por justicia y salieron discriminados. En efecto, los demandantes y todas las personas que acompañaron su reclamo, pidieron no ser sometidos a un trato que consideran discriminatorio, y la mayoría de la Sala, deliberadamente, resolvió negarles el acceso a la justicia, inhibiéndose de conocer su reclamo con base en criterios de admisibilidad notoriamente estrictos, que no se aplican a las demás personas. En especial si se trata de grupos histórica y tradicionalmente discriminados y marginados, y de distinciones que se fundan en criterios sospechosos. Por eso, se insiste, los demandantes pidieron dejar de ser discriminados y la mayoría de la Sala Plena resolvió discriminarlos y ni siquiera oír su reclamo. Ojalá nunca más pase algo similar.

A litigância pelo movimento gay em torno do direito ao casamento se manteve e a Corte, na *Sentencia C – 557*, de 2011, autêntica *sentença aditiva de princípio*, determinou que o Congresso, até 20 de junho de 2013, expedisse “lei que conduza a superar o déficit de proteção”, estabelecendo a forma mediante a qual os casais do mesmo sexo pudessem “celebrar contratos que lhes permitam formalizar e solenizar juridicamente seu vínculo como meio para constituir família com maiores compromissos que a surgida da união de fato”.²⁵⁰ A Corte enfatizou que não estava declarando a inconstitucionalidade de norma do Código Civil na qual estabelecido matrimônio apenas entre homem e mulher. A magistrada Maria Victoria Calle Correa fez importante ressalva quanto ao mandado dirigido ao Congresso. A juíza expressou a necessidade de definir que o vínculo contratual a ser regulamentado teria natureza “marital”, de forma a não restarem dúvidas quanto à circunstância de se estar reconhecendo o direito ao matrimônio.

A ressalva não foi observada pela maioria e a Corte, sem ter esclarecido, portanto, o instrumento legal de celebração da união homoafetiva, determinou que, se o Congresso não regulamentasse a matéria, os casais homossexuais poderiam dirigir-se a “notário ou ao juiz competente para formalizar e solenizar um vínculo contratual que lhes permita constituir uma família”. Em 24 de abril de 2013, o Senado colombiano, tomado por discursos religiosos e preconceituosos, rejeitou, por 51 votos a 17, o projeto de lei acerca do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo. Então expirado o prazo dado pela Corte Constitucional ao Congresso, juízes e cartórios pelo país passaram a celebrar contratos reconhecendo o vínculo jurídico entre pessoas do mesmo sexo. Ficou a insegurança quanto à denominação desse vínculo, na linha da preocupação que havia sido manifestada pela magistrada Maria Victoria

²⁵⁰ *Sentencia n° C-577*, de 26/7/2011.

Calle Correa. Interpretações diferentes à decisão da Corte vêm sendo dadas por esses juízes e notários.

Tendo em conta o cenário de insegurança e os riscos de tratamento desigual gerados pelas interpretações distintas em relação ao que a Corte Constitucional efetivamente decidiu, é de todo evidente que a matéria voltará, em mais uma rodada de litigância de direitos, à jurisdição constitucional. Não se pode dizer que a Corte dará a última palavra, mas será, mais uma vez, um estágio de grande importância ao tema. Recente decisão da Corte, no entanto, dá a imaginar que o reconhecimento dos direitos dos homossexuais continuará em progressão. Na *Sentença SU-617*, de 28 de agosto de 2014, a Corte reconheceu o direito de casal homossexual a adotar a filha natural de uma das parceiras. Apesar da particularidade de estar envolvida filha de uma das demandantes, a Corte consignou expressamente que a natureza homossexual do casal adotante não pode ser obstáculo para a adoção sob pena de violar o “direito de todos à autonomia familiar e a ter uma família”.²⁵¹ É esperar as cenas dos próximos capítulos.

3.2.2 As decisões sobre o “estado de coisas inconstitucional”

A jurisprudência da Corte Constitucional, nos dois campos de casos descritos – o do controle dos atos e de decisões políticas relevantes do Executivo e do Legislativo, e o de promoção dos direitos fundamentais –, aponta ser a Corte um órgão ativista e popular. As decisões nos casos de declaração de estado de exceção e da reeleição presidencial revelam o quanto a Corte é capaz de interferir em decisões de alta relevância política, intervindo em escolhas cruciais dos Poderes Executivo e Legislativo. As decisões nos casos dos devedores hipotecários e dos direitos dos homossexuais deixam claro ser a Corte bastante atenta a hipóteses de proteção deficiente de direitos fundamentais, de omissões ou insuficiências legislativas que obstaculizem o gozo de direitos básicos que gravitam em torno dos valores da liberdade, da igualdade e da dignidade humana.

A junção desses dois padrões de conduta ativista explica o comportamento da Corte quando declara e estabelece o “estado de coisas inconstitucional”: a Corte atua ativamente sobre as escolhas e medidas do Legislativo e do Executivo em razão de detectar omissões e insuficiências, a começar pela falta ou deficiência de políticas públicas, com o propósito de remover violações sistemáticas e contínuas de direitos fundamentais. Significa dizer: a

²⁵¹ Cf. <http://english.corteconstitucional.gov.co/>

atuação da Corte Constitucional colombiana, quando reconhece o estado de coisas inconstitucional, está longe de ser um comportamento extravagante, fora de seus próprios padrões. Na realidade, essa postura é apenas um estágio, evidentemente avançado, de sua contínua postura ativista em defesa dos direitos fundamentais daqueles mais necessitados e marginalizados dentro da sociedade colombiana. Passo à descrição das decisões nas quais a Corte reconheceu o estado de coisas inconstitucional, a fim de serem fixados seus contornos e pressupostos.

3.2.2.1 O caso dos docentes municipais

Foi na SU – 559, de 1997,²⁵² quando a Corte Constitucional declarou, em primeira oportunidade, o estado de coisas inconstitucional. Na espécie, 45 professores dos municípios de *María La Baja* e *Zambrano* tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. Os professores contribuíam com 5% de seus subsídios para um fundo previdenciário denominado *Fundo de Prestación Social*. Todavia, não recebiam cobertura de saúde ou de seguridade social. Apesar dos pagamentos efetuados pelos profissionais, os agentes municipais não admitiram filiá-los no fundo social, recusando-lhes os benefícios correspondentes. Alegaram escassez de recursos orçamentários para o custeio do pleiteado. Obrigados a contribuir em razão de o desconto ser obrigatório sobre os subsídios, os docentes não recebiam a contrapartida de direitos sociais básicos.

Em sede de *tutela*, a Corte reconheceu não estarem os 45 docentes gozando os direitos dos quais eram titulares. Todavia, a Corte não se limitou a avaliar os direitos subjetivos dos professores demandantes, voltando-se a investigar as falhas estatais por trás das violações dos direitos de forma a superá-las, defendendo, desse modo, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Preocupada com a situação real dos professores, a Corte constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado e que a falha não poderia ser atribuível a um único órgão, e sim que essa seria estrutural. Havia, segundo os juízes, uma deficiência da política geral de educação que tinha origem na distribuição desigual dos subsídios educativos, feita pelo governo central, em favor das entidades territoriais do país. Segundo o acórdão da *Sentencia* SU – 559,

²⁵²*Sentencia* n° SU-559, de 26/7/2011.

De la lectura de este cuadro se deduce que el subsidio educativo que otorga la Nación a las entidades territoriales a través del situado fiscal - para el pago de los docentes oficiales - es distribuido de manera muy desigual. Ciertamente, mientras en algunos departamentos ese subsidio supera en más de diez veces la contribución que en punto al pago de los docentes deben hacer los municipios - como ocurre en Antioquia y Quindío -, en otros ese subsidio es superior en más de 7 veces - como en Santander, Boyacá, Caldas, Huila y Meta -, y en diferentes departamentos apenas excede el doble de lo que tienen que aportar los municipios para la remuneración de los educadores oficiales, como se presenta en Sucre, Nariño, Chocó, Córdoba y Cauca.

[...]

La conclusión salta a la vista: existen enormes diferencias entre los municipios del país en relación con la carga que deben soportar sus presupuestos para sufragar los gastos que les demanda el pago de los docentes. Las diferencias se explican, en primera instancia, porque la distribución entre los departamentos del subsidio educativo nacional, representado en el situado fiscal, se realiza en forma notoriamente desigual. Ello significa que los municipios de varios departamentos tienen que hacer un esfuerzo presupuestal mucho mayor que los de otros, en lo relacionado con la prestación del servicio educativo, puesto que ellos deben asumir una parte considerablemente importante del pago de sus docentes.

Longe de restringir-se a afirmar a inobservância do dever de filiação dos professores demandantes no fundo previdenciário, a Corte acusou o conjunto de razões pelo qual os municípios demandados não conseguiam cumprir os seus deveres. Consignou que a violação de direitos, embora praticada por esses municípios, tinha origem em defeito do próprio programa nacional de distribuição de recursos públicos para o financiamento do sistema educacional. A Corte identificou os diferentes motivos que levavam a tal quadro, de forma a demonstrar claramente que se a origem da violação não pode ser imputada a único órgão, a solução também não. Os juízes reconheceram que essa cadeia de razões e consequências resulta em um “*estado de cosas que pugna con la Constitución Política*”. A Corte procurou resolver os defeitos de origem a fim de minimizar os problemas em geral, em vez de assegurar apenas aos professores demandantes o direito buscado:

Ahora bien, la extensa exposición que ha hecho la Corte, ha puesto de presente las causas que han llevado a una situación irregular que compromete a las autoridades del sistema educativo. El generalizado incumplimiento de la obligación de afiliar a los educadores de los municipios al F.N.P.S.M., obedece, entre otros motivos, a los siguientes, los cuales configuran un determinado estado de cosas que contraviene los preceptos constitucionales: (1) ampliación de las plantas de personal municipal, sin contar con la capacidad presupuestal necesaria para pagar y garantizar la remuneración “completa” (prestaciones) a los docentes; (2) inadecuada forma de cálculo y distribución del situado fiscal que, en lugar de otorgarle peso decisivo a las necesidades reales de educación de la población escolar, toma en consideración la distribución geográfica de los docentes; (3) concentración irracional e inequitativa de los educadores públicos en los grandes centros urbanos, lo que deja sin atender las necesidades de muchas poblaciones que, para llenar el vacío, se ven forzadas a

sobrecargar sus finanzas públicas a causa del incremento de sus plantas de educadores y de la demanda insatisfecha por este servicio esencial.

La Corte Constitucional tiene la seguridad de que mientras no se tomen medidas de fondo sobre los factores enunciados y los otros que los expertos puedan determinar, el problema planteado, que de suyo expresa un estado de cosas que pugna con la Constitución Política y sujeta a un grupo significativo de educadores a sufrir un tratamiento indigno, se tornará de más difícil solución y propiciará la sistemática y masiva utilización de la acción de tutela. Justamente, con el objeto de que el derecho a la igualdad de los educadores municipales no afiliados todavía al Fondo no se lesione, la Corte notificará la situación irregular que ha encontrado a las autoridades públicas competentes con miras a que éstas en un término razonable le pongan efectivo remedio, para lo cual deberá obrarse sobre las causas reales del fenómeno descrito.

Ante o reconhecimento da complexidade da situação, a Corte, além de assegurar a filiação específica dos demandantes nos respectivos fundos previdenciários locais, dirigiu-se a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo. Cumprindo o que afirmou ser um “dever de colaboração” com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo. Partindo da premissa de haver uma “situação estrutural que lesa, de maneira permanente, o exercício dos direitos fundamentais de um número amplo, indeterminado, de pessoas que não instauraram a demanda”,²⁵³ a Corte:

(1) declarou o estado de coisas inconstitucional;

(2) determinou que os municípios que se encontrassem em situação similar corrigissem a inconstitucionalidade em prazo razoável;

(3) ordenou o envio de cópias da sentença aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos membros do CONPES social, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências.

Essa dimensão objetiva da sentença, voltada a superar o estado de coisas inconstitucional a partir da identificação de contexto amplo e estrutural de causas e efeitos, pode ser bem resumida no seguinte trecho da ementa do julgado:

CORTE CONSTITUCIONAL-Colaboración armónica con órganos del Estado/ESTADO DE COSAS-Notificación y requerimiento por violación de la Constitución/ACCION DE TUTELA-Notificación de irregularidad a las autoridades públicas y efectos

La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo

²⁵³ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales** Año 1, Nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003, p. 214.

modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política. El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos. Si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule.

O trecho transcrito também deixa transparecer, além da ação “colaborativa” da Corte, a preocupação em proteger sua própria estrutura de funcionamento. Ela concluiu que o estado de coisas inconstitucional poderia ter por consequência uma avalanche de tutelas de mesmo pedido e causa de pedir. Daí ter buscado resolver os problemas de um número amplo e indeterminado de professores por meio de uma única ação de tutela. Vê-se que a Corte se preocupou com os efeitos sistêmicos e negativos das decisões sobre a própria funcionalidade. Antevendo um sem número de demandas, procurou decidir de uma só vez em favor de todos os casos similares. Além de procurar resolver um problema estrutural que promovia violação massiva de direitos fundamentais, a Corte também agiu em estratégia de defesa de seu prestígio social contra possível enfraquecimento de sua capacidade e qualidade de julgamento decorrente do acúmulo de processos.

3.2.2.2 O direito de petição dos aposentados e a ineficiência administrativa

A segunda vez na qual a Corte Constitucional reconheceu o estado de coisas inconstitucional foi na *Sentencia* T – 068, de 1998,²⁵⁴ envolvida mora da Caixa Nacional de Previdência em responder petições de aposentados e pensionistas dirigidas a obter recálculos e pagamentos de diferenças das verbas previdenciárias. A entidade administrativa afirmava

²⁵⁴ *Sentencia* T-068, de 5 de março de 1998.

haver atraso em responder cerca de 45.000 petições e, devido ao número elevado, demoraria entre 2 e 3 anos para realizar os atos administrativos necessários. Julgando em conjunto cinco *acciones de tutela*, a Corte concluiu estar presente um quadro insuportável de ineficiência administrativa, vulnerando permanentemente o direito fundamental de petição dos administrados, e gerando grande quantidade de *acciones* contra a entidade previdenciária.

Para a Corte, além de violar os direitos individuais dos peticionantes, a ineficiência administrativa gerava o caos para todo o sistema judicial do país por decorrência do elevado número de demandas particulares versando o mesmo motivo: o atraso nas respostas às petições de revisão. Diante de tal situação, a Corte declarou o estado de coisas inconstitucional pela ineficiência administrativa para resolver os direitos dos aposentados. Para tanto, pautou-se em estudo empírico, realizado pela *Universidad de los Andes*, descritivo do quadro de demandas de tutela contra a entidade previdenciária:

Estado de cosas inconstitucionales por la ineficiencia administrativa para resolver los derechos de los jubilados.

7. No obstante lo anteriormente expuesto, la estructura y el comportamiento de la Caja Nacional de Previsión viene siendo cuestionado muy seriamente por el aparato judicial, pues es evidente y bastante frecuente la vulneración del derecho fundamental de petición, lo cual se traduce en la gran cantidad de acciones de tutela que se tramitan contra esa entidad y que, básicamente se originan en iguales supuestos fácticos y jurídicos. En relación con esta preocupación, en una ocasión la Corte Constitucional dijo:

En febrero de 1996, el Ministerio de Justicia y del Derecho publicó el informe de investigación elaborado por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de los Andes, titulado "Incidencia Social de la Acción de Tutela", en cuya página 70, se dice : "las entidades territoriales son los demandados más frecuentes (17,88%), principalmente las alcaldías (9,82%). Les siguen en orden las entidades de previsión social (16,62%), dentro de las cuales se encuentra la entidad individual más demandada del país : la Caja Nacional de Previsión Social (8,06%). La gran mayoría de estas demandas buscan conminar a Cajanal a responder una petición" (subrayas fuera del texto).

Si se toma en cuenta este indicador, el desempeño de la Caja Nacional de Previsión Social en lugar de mejorar o siquiera mantenerse, empeoró durante 1996. Como puede verse en el cuadro y el gráfico adjuntos, de 8.223 procesos de tutela tramitados durante el primer trimestre, 1.233 (el 14,99%) fueron instaurados en contra de Cajanal; de 6.413 correspondientes al segundo trimestre, 961 (el 14,98%) fueron dirigidos en su contra ; de los 7.892 procesos del tercer trimestre, en 1.108 (el 14,03%) aparece esta entidad como demandada ; y de los 8.686 del cuarto trimestre, en 2.025 (¡el 23,31%!) se pretendió obtener el amparo judicial frente a violaciones atribuidas a esta entidad.

A Corte demonstrou, a partir das estatísticas utilizadas, que a Caixa Nacional de Previdência Social, durante os anos de 1995, 1996 e 1997, sofreu em torno de 14.086 ações de tutela, o que representava quase 16% do total de tutelas do país. De longe, era a instituição

mais demandada. Ante tal quadro, a Corte concluiu existir um “problema estrutural de ineficiência e inoperância administrativa, o qual consiste em inconveniente geral que afeta a um número significativo de pessoas que buscam obter prestações econômicas que consideram ter direito”. Constatou, assim, ter a ação de tutela se tornado em “requisito para que se resolva a solicitação dentro do termo legal, o qual gera um procedimento administrativo paralelo que produz um desgaste do aparato judicial e uma tergiversação do objetivo da ação de tutela, que afeta gravemente o interesse geral e o interesse particular” dos aposentados e pensionistas cujos direitos são violados.

Diferentemente do caso anterior, que envolveu omissão legislativa quanto à política pública de distribuição nacional de subsídios educacionais, neste caso esteve envolvida apenas deficiência administrativa. Não obstante, ainda assim, a Corte proferiu decisão que alcançou uma estrutura de instituições, e não apenas a entidade demandada. Enfatizando a dimensão quantitativa da violação de direitos dos aposentados e pensionistas, a Corte:

(1) ordenou à Caixa Nacional de Previdência que resolvesse o direito de fundo dos demandantes em 48 horas;

(2) declarou o estado de coisas inconstitucional;

(3) ordenou fosse tal declaração comunicada aos Ministros da Fazenda e do Crédito Público e do Trabalho e da Seguridade Social, ao Chefe do Departamento Administrativo da Função Pública e à gerência da Caixa Nacional de Previdência Social para que, dentro do prazo de seis meses, “corrijam, na prática, dentro dos parâmetros legais, as falhas de organização e procedimento” que resultaram no estado de coisas inconstitucional declarado;

(4) comunicou a decisão ao Procurador Geral da Nação e ao Controlador Geral da República para que vigiem o cumprimento da sentença e o exercício diligente e eficiente das respostas pela Caixa Nacional de Previdência às petições de aposentados e pensionistas;

(5) comunicou ao Defensor do Povo para velar pelo respeito aos direitos humanos dos aposentados e pensionistas, devendo informar à Corte Constitucional sobre a situação.

3.2.2.3 O caso do sistema carcerário colombiano

A Corte Constitucional, em uma de suas mais importantes decisões, declarou o estado de coisas inconstitucional relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país. A

demanda, julgada na *Sentencia* T – 153, de 1998,²⁵⁵ envolvia o problema da superlotação carcerária e das condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de *Bogotá* e de *Bellavista de Medellín*. A Corte, todavia, apoiada em dados e estudos empíricos, constatou que o quadro de violação de direitos era generalizado na Colômbia, estava presente nas demais instituições carcerárias do país. Os juízes identificaram estarem presentes todos os elementos justificadores da declaração do estado de coisas inconstitucional, enfatizando que, ante a superlotação e o império da violência no sistema carcerário, este não servia para a ressocialização dos presos. É o que consta da ementa:

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Hacinamiento

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.

A Corte Constitucional identificou que o quadro de superlotação das penitenciárias colombianas implicava a violação massiva dos direitos à dignidade humana, à vida, à integridade física, à família, à saúde, enfim, a amplo conjunto de direitos fundamentais. A violação massiva pode-se dizer dirigida à Constituição como um todo. A Corte destacou a omissão permanente do Estado e da sociedade, verdadeira indiferença dos atores sociais e políticos ao que chamou de “tragédia diária dos cárceres”, de forma que o problema não era apenas de ordem pública, mas um grave problema social. Para a magistrada Clara Inés Vargas Hernández, a leitura da decisão revela ter a Corte Constitucional apontado causas estruturais para o quadro inconstitucional:

²⁵⁵ *Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998.

Ao largo de sua sentença, a Sala de Revisão [da Corte Constitucional] examinou as que considera causas estruturais da superlotação carcerária do país: 1) a expedição de distintas normas penais destinadas a sancionar com maior rigidez um conjunto de condutas delitivas; 2) os delitos de conhecimento da que foi denominada “justiça regional”, ou seja, uma jurisdição especial encaminhada a combater os delitos relacionados à alteração da ordem pública, se caracterizaram por ter como medida de segurança unicamente a detenção privativa, a qual não poderia ser nem suspensa nem convertida em detenção domiciliar; 3) as falhas que apresenta a infraestrutura carcerária e 4) as distintas irregularidades em matéria de contratação administrativa no INPEC [Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário].²⁵⁶

A Corte acusou a absoluta ausência de políticas públicas para resolver ou, ao menos, minimizar a situação. Destacando a insensibilidade dos gestores públicos frente à população carcerária, os juízes concluíram estar o tema totalmente fora da agenda política, revelado o estado permanente de inércia legislativa e administrativa em face dos graves problemas sociais. Apesar de o quadro desvirtuar a finalidade do tratamento penitenciário e configurar grave violação de tratados internacionais sobre a ressocialização de presos e o caráter especial das prisões preventivas, o Estado permanecia inerte e mesmo indiferente à situação. É o que destaca Eduardo Cifuentes Muñoz, juiz relator do caso:

La existencia notoria de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario

[...] Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal, su derecho a la familia, etc. Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado. Por lo contrario, la situación descrita anteriormente tiende más bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción.

[...]

De todo lo dicho hasta ahora cabe extraer la siguiente conclusión: el problema de las cárceles y de las condiciones de vida dentro de ellas no ocupa un lugar destacado dentro de la agenda política. A pesar de que desde hace décadas se conoce que la infraestructura carcelaria es inadecuada, que los derechos de los reclusos se vulneran, que los penales no cumplen con su función primordial de resocialización y que los centros carcelarios del país rebosan de sindicados no se observa una actitud diligente de los organismos políticos del Estado con miras a poner remedio a esta situación.

La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobierna los regímenes democráticos. Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. El mismo hecho de que sean confinados en establecimientos especiales, difícilmente

²⁵⁶ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales** Año 1, Nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003, p. 217.

accesibles, hace gráfica la condición de extrañamiento de los presos. En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana.

A falta de representação política dos presos e a indiferença dos governantes em face dessa minoria marginalizada apontam para a improbabilidade de a solução da violação massiva de direitos ser alcançada sem interferência da Corte. O notório estado de coisas inconstitucional tinha na inexistência de políticas públicas motivo de agravamento. Nesse ambiente de passividade estatal e aumento progressivo da transgressão sistemática de direitos fundamentais dos presos, a Corte assentou estar o juiz constitucional “obrigado a assumir o clamor das minorias esquecidas, isto é, daqueles grupos que dificilmente têm acesso aos organismos políticos”. Segundo o relator, cortes constitucionais devem atuar em situações como essa, devendo declarar o estado de coisas inconstitucional e exigir a tomada de medidas por diferentes ramos e órgãos do poder.

Voltada a defender a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a Corte, além de assegurar os direitos dos demandantes, proferiu ordens dirigidas a amplo espectro de órgãos e instituições para solução do problema geral da superlotação carcerária:

1) ordenou fossem notificados do estado de coisas inconstitucional os Presidentes da República, do Senado, da Câmara, da Turma de Direito Penal da Corte Suprema de Justiça, das Turmas Administrativa e Jurisdicional Disciplinar do Conselho Superior da Judicatura, ao Fiscal Geral da Nação, aos Governadores e Prefeitos, aos Presidentes das Assembleias dos Departamentos²⁵⁷ e dos Conselhos Municipais;

2) ordenou ao Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário – INPEC, ao Ministério da Justiça e do Direito e ao Departamento Nacional de Planejamento a elaboração, dentro do prazo de três meses, de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias de modo a assegurar condições dignas aos presos, bem como a direção da realização total do plano que deveria se dar no prazo máximo de quatro anos;

3) determinou que o Governo nacional providenciasse os recursos orçamentários e demais medidas necessárias à execução do aludido plano;

4) incumbiu a Defensoria do Povo e a Procuradoria Geral da Nação de supervisionarem essa execução;

5) ordenou ao Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário – INPEC que promova, no prazo máximo de 4 anos, a separação total dos presos provisórios daqueles já condenados;

²⁵⁷ Na Colômbia, os Departamentos equivalem aos Estados brasileiros, embora sem a mesma autonomia política.

6) ordenou ao Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário – INPEC e aos Ministérios da Justiça e do Direito e da Fazenda a tomada de medidas necessárias para solucionar a carência de pessoal especializado nas prisões;

7) ordenou aos Governadores, Prefeitos e Presidentes das Assembleias Dos Departamentos e Conselhos Municipais que cumpram com a obrigação de criar e manter presídios próprios;

8) por fim, ordenou ao Presidente da República, como suprema autoridade administrativa do país, e ao Ministro da Justiça e do Direito que, enquanto estejam em andamento as obras públicas determinadas, “tomem as medidas necessárias para assegurar a ordem pública e o respeito dos direitos fundamentais dos internos nos estabelecimentos de reclusão do país”.

Como se depreende dos remédios expedidos pela Corte, o exame esteve muito longe de restringir-se aos direitos individuais dos demandantes. Voltada a defender a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, “a ordem constitucional como um todo”, a Corte buscou resolver a deficiência estrutural de proteção da dignidade humana. Tendo identificado as origens das falhas estruturais que conduziram à violação massiva dos direitos fundamentais, a Corte expediu diversas ordens dirigidas não apenas a uma, e sim a diversas autoridades públicas, começando por determinar a formulação de políticas públicas e dotações orçamentárias voltadas a reduzir a crise jurídica, social e moral do sistema carcerário colombiano. Sem prescrever detalhes, a Corte deixou aos poderes políticos e aos órgãos administrativos a tarefa de dar conteúdo às políticas públicas necessárias. Seu papel foi, principalmente, de chamar a atenção para o tema e acabar com a inércia estatal.²⁵⁸

3.2.2.4 O caso da não convocação de concurso público para notários

A ausência de realização, desde o início de vigência da Constituição de 1991, de concurso público para notário foi motivo de declaração pela Corte, em 1998, do estado de coisas inconstitucional na *Sentencia* SU – 250, de 1998.²⁵⁹ Apesar de estar prevista, no artigo 131 da Constituição, a exigência de concurso para nomeação de notários, o Estado omitia-se

²⁵⁸ Sobre falhas dos remédios propostos pela Corte, cf. ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 129-159.

²⁵⁹ *Sentencia* SU – 250, de 26/5/1998.

em organizar o certame. A paralisia total do Estado, segundo o Relator, Alejandro Martinez Caballero, implicou o estado de coisas inconstitucional:

Todo lo anterior significa que no hay explicación razonable para que no se convoque a concurso para designación de notarios en propiedad, ya que hay normatividad vigente en lo referente a organismo que administra la carrera y el concurso.

[...]

Como no se ha convocado a concurso para la designación de notarios en propiedad, lo cual ha debido hacerse en toda la República, se llega a la conclusión de que se está dentro de un estado de cosas abiertamente inconstitucional.

La Corte Constitucional ha considerado que por mandato del artículo 113 de la Constitución “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Y que, es dentro de este contexto que adquiere importancia la calificación que judicialmente se haga de la existencia de un estado de cosas inconstitucional, puesto que ello implica la necesidad de dar órdenes para que cese ese estado de cosas inconstitucional, y así se hará en la presente sentencia.

Declarado o estado de coisas inconstitucional, a Corte, além de decidir o conflito individual suscitado no recurso de tutela, determinou fosse essa declaração notificada ao Superintendente de Notariado e Registro e ao Conselho Superior da Administração de Justiça, ordenando que convocassem, no prazo de seis meses, concursos abertos para notários. A ordem, todavia, foi cumprida apenas parcialmente. Permaneceu a controvérsia em torno da situação em que notários vinham exercendo o cargo há algum tempo sem concurso público. O Conselho Superior da Carreira Notarial apenas convocou concurso para as serventias vagas, mantendo os notários não concursados no cargo. Ante tal quadro, novas tutelas foram propostas questionando a manutenção do estado de coisas inconstitucional, pleiteando fossem convocados concursos para todos os cartórios do país como determinado na *Sentencia* SU – 250, de 1998.

A Corte reconheceu a continuação do estado de coisas inconstitucional apesar de algumas medidas terem sido tomadas para cumprimento do decidido na *Sentencia* SU – 250, de 1998. Os juízes não reconheceram haver direito adquirido dos notários em exercício, assentando que o cumprimento apenas parcial do comando da *Sentencia* SU – 250 violava o princípio da igualdade. Conforme consta da ementa da *Sentencia* T – 1.695, de 2000,²⁶⁰ a Corte concluiu que apenas a convocação ampla e irrestrita, alcançando todas as serventias do país, poderia superar o estado de coisas inconstitucional:

²⁶⁰*Sentencia* T-1.695, de 7/12/2000.

DERECHO A LA IGUALDAD-Exclusión de concurso de notarías ocupadas por notarios en propiedad

CONCURSO NOTARIAL INCLUYE NOTARIO EN PROPIEDAD-No pueden alegarse derechos adquiridos

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL POR NO CONVOCACION A CARRERA NOTARIAL/CARRERA NOTARIAL-Inclusión de todas las plazas de notario existentes

Reconocida la continuidad del estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional, al no poner en funcionamiento la carrera notarial, que si bien se trató de subsanar por el órgano competente al convocar el concurso de méritos de que trata esta providencia, el mismo no se hizo conforme a la Constitución, pues debía haber incluido todas las plazas de notario existentes en el país y garantizar no sólo las mismas oportunidades para todos los participantes, sino aplicación plena de los preceptos constitucionales. Así las cosas, el restablecimiento de los derechos fundamentales de los actores y la observancia del ordenamiento superior sólo puede producirse cuando la provisión de los cargos de notario se realice mediante la celebración de un concurso de méritos abierto y público que tenga como objeto cumplir el mandato constitucional tantas veces reseñado. Para el efecto, no basta entonces, la simple suspensión del proceso de concurso, hecho que ya se produjo, pues el estado de cosas inconstitucional persiste, lo que exige que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, en un término razonable, convoque a un concurso general y abierto para conformar las listas de elegibles a la totalidad de los cargos de notario público en el país.

Reconhecidas a manutenção do estado de coisas inconstitucional e a necessidade de cessar a violação de direitos fundamentais, a Corte ordenou ao Conselho Superior da Carreira Notarial, na pessoa de seu Presidente, e ao Ministro da Justiça e do Direito que, no prazo máximo de 3 meses, promovessem concurso para o cargo de notário público em todo o território nacional, advertindo o dever de dar cumprimento integral à decisão. Este caso aproxima-se dos casos tradicionais de omissão legislativa inconstitucional, haja vista o dever estatal de agir derivar de um enunciado constitucional específico.

3.2.2.5 O caso dos defensores de direitos humanos

A Corte voltou a declarar o estado de coisas inconstitucional na *Sentencia* T – 590, de 1998.²⁶¹ O caso envolveu pedido de tutela formulado pelo defensor de direitos humanos, Esteban Cancelado Gómez, que estava preso por ter supostamente praticado o delito de “rebelião”. Tendo sido presidente de uma organização não governamental voltada à defesa dos direitos humanos, Esteban investigou e denunciou violações de direitos humanos como os praticados durante os massacres ocorridos nos territórios de *Cauca* e *Trujillo*. Muitas das pessoas que denunciou estavam detidas na mesma instituição carcerária em que se encontrava

²⁶¹ *Sentencia* T-590, de 20/10/1998.

e faziam ameaças constantes de morte contra ele. Sentindo-se desprotegido, pediu transferência para uma prisão de segurança máxima ou prisão domiciliar. Os pedidos foram negados em diferentes oportunidades.

Para além de resolver a tutela de Cancelado Gómez, a Corte constatou a deficiência de políticas públicas de proteção dos defensores de direitos humanos no país. Assentou a omissão do Estado em proteger esses agentes não governamentais. Segundo o Relator, Alejandro Martinez Caballero, o contínuo ataque a defensores de direitos humanos, inclusive o assassinato do ativista Eduardo Umaña Mendoza, demonstrava a conduta omissiva do Estado em protegê-los. Esta seria uma *“situación abiertamente inconstitucional, a la cual el juez constitucional no puede ser indiferente”*. A falta de proteção estatal aos defensores de direitos humanos motivou a declaração do estado de coisas inconstitucional, tendo a Corte:

- 1) feito um “chamado à prevenção” a todas as autoridades da República para que cessassem a situação inconstitucional;
- 2) solicitado ao Procurador Geral da Nação e ao Defensor do Povo para que deem especial favorecimento à proteção da vida dos defensores dos direitos humanos;
- 3) feito um “chamado à prevenção” a todas os habitantes da Colômbia para que defendam e difundam os “direitos humanos como fundamento da convivência pacífica”;
- 4) determinado a comunicação da sentença ao Presidente da República, à Alta Comissária para a Defesa dos Direitos Humanos da ONU na Colômbia, à Procuradoria Geral da Nação, à Defensoria do Povo e ao Ministério do Interior.

3.2.2.6 A mora no pagamento das verbas de aposentadoria

A Corte Constitucional colombiana declarou o estado de coisas inconstitucional em relação ao atraso sistemático no pagamento, por entidades territoriais, das verbas de aposentadoria. Na *Sentencia T – 525*, de 1999,²⁶² a Corte deparou-se com um quadro de mora pelo Departamento de Bolívar no pagamento de aposentadorias e pensões. O Governador alegou que estava impossibilitado de efetuar os pagamentos em razão de penhoras de rendas decorrentes da má gestão de governantes anteriores. Apontou a existência de débitos contraídos anteriormente e disse estar buscando solucionar o problema mediante a contratação de empréstimos junto a instituições financeiras. Não era a primeira vez que o tema era levado

²⁶²*Sentencia T – 525*, de 23/7/1999.

à Corte Constitucional, o que revelava o estado contínuo de violação dos direitos fundamentais dos aposentados e pensionistas.

A Corte concluiu pela violação ao direito ao mínimo existencial dos aposentados e pensionistas, de modo que o Estado tinha o dever de diligenciar a qualquer custo para superar dificuldades financeiras e efetuar os pagamentos. Sem ignorar as dificuldades orçamentárias do Departamento de Bolívar, os juízes assentaram a prioridade em garantir as condições mínimas de sobrevivência dos aposentados. A Corte deixou claro que o Departamento de Bolívar deveria buscar as alternativas necessárias para superar o estado de coisas inconstitucional:

Estado de cosas violatorio de la Constitución.

[...]

Resulta inquietante, que contra el Departamento de Bolívar existan, por los mismos conceptos, pago de mesadas pensionales, las siguientes sentencias de tutela: T-009 de 1999, T-238 (cuatro demandantes), T-381 (dos personas), T-388 de 1999 (6 demandantes), T-102 de 1999, ésta última con cuarenta y seis personas accionando, sumado a los presentes expedientes en donde actúan 47 personas, para un total en lo que va corrido del año, de 106 personas demandando al Departamento de Bolívar, por iguales motivos. Si a esto sumamos las preocupantes cifras que arrojó el estudio estadístico integral de 1997 elaborado para esta Corporación, donde aparecen las alcaldías y gobernaciones como las entidades más demandadas (un total de 6662 o lo que es lo mismo un 19,78% del total de amparos en todo el país), ello aunado a una jurisprudencia reiterativa en el asunto en los últimos años, nos encontramos ante una cascada de acciones de tutela producto de una recurrente omisión por parte de las autoridades competentes respecto de la apropiación oportuna de las sumas destinadas al pago de las obligaciones laborales frente a sus pensionados.

Por lo tanto, procede la Sala, no solo a conceder los amparos solicitados sino también a prevenir a las autoridades del Departamento de Bolívar para que tomen las medidas pertinentes en orden a poner fin a este estado inconstitucional de las cosas, de manera que deberá reiterarse lo afirmado en Sentencia de Unificación 559 de 1997 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz:

[...]

Ahora bien, no ignora esta Corte la situación de déficit financiero permanente que vive el Departamento de Bolívar, al punto de tener parte de sus rentas embargadas y estar realizando gestiones ante el gobierno nacional para obtener los recursos que le permitan atender sus obligaciones laborales. Igualmente, se conoce el proyecto de ley que la Confederación de Gobernadores presentará ante el Congreso, en esta legislatura, y que tiene por objeto atacar el problema del pasivo pensional de las entidades territoriales, con la creación de un Fondo de Pensiones Territoriales. De igual forma, existe la alternativa de acudir a programas de saneamiento fiscal o a los llamados convenios de desempeño con el Ministerio de Hacienda (regulados por la ley 358 de 1997), para intentar reducir el gasto, las nóminas, etc. Sin embargo, todos son mecanismos que permiten solventar las prestaciones a largo plazo, mientras que la inminencia de una situación contraria a la Constitución se impone, y acelera por lo tanto, la protección de los derechos reclamados.

Así pues, la precaria situación de los actores, y la vulneración flagrante y contumaz a sus condiciones mínimas de subsistencia por la demora en el pago de las respectivas mesadas pensionales, hacen apremiante la obligación de garantizar los derechos de los tutelantes a su mínimo vital, teniendo en cuenta, obviamente, las circunstancias que refleja el Departamento y la imposibilidad del juez de tutela de precipitar mediante ordenes de cumplimiento inmediato la ejecución de partidas presupuestales, que además en este caso se encuentran pignoradas.

A Corte não foi insensível às dificuldades e limitações financeiras de Bolívar. Todavia, por estarem envolvidos direitos básicos para a vida digna dos aposentados e pensionistas, bem como possibilidades apenas de longo prazo de recuperação econômica, os juízes exigiram respostas imediatas voltadas à superação da violação massiva e contínua de direitos fundamentais. Para tutelar o direito à vida digna e os pagamentos tempestivos em favor de aposentados e pensionistas, a Corte, em julho de 1999:

1) ordenou ao Governador do Departamento de Bolívar que, no prazo de 48 horas, efetuasse os pagamentos de aposentadorias e pensões devidas pelos demandantes. Na hipótese de insuficiência de recursos extraordinários imediatos, que buscasse os recursos necessários até o prazo fatal de 1º de novembro, seguinte;

2) declarou o estado de coisas inconstitucional, determinando fosse comunicada a decisão aos membros da Assembleia de Bolívar para que, em associação ao Governador e dentro das respectivas competências, tomassem, durante as sessões legislativas do segundo semestre de 1999, as medidas necessárias para corrigir as falhas orçamentárias que têm dado causa ao atraso dos pagamentos de aposentadorias e pensões;

3) determinou ao Governador de Bolívar que previna-se para evitar novos atrasos nos pagamentos sob pena de sofrer sanções legais a serem aplicadas pelos juízes de primeira instância;

4) atribuiu ao Procurador Geral da Nação a tarefa de investigar o cumprimento da sentença pela administração estadual.

Importante aspecto dessa sentença é ressaltado por Clara Inés Vargas Hernández, no sentido de a declaração do estado de coisas inconstitucional ter sido preferida em vez de reiterarem-se pura e simplesmente decisões anteriores. Na *Sentencia* T – 525, de 1999, a Corte destacou não tratar-se de caso isolado “senão que fazia parte de amplo grupo de situações de fato muito semelhantes que haviam sido anteriormente decididas pela Corte, e que apesar disso, a entidade demandada não havia tomado as medidas necessárias e efetivas” para superar as inconstitucionalidades. Ante tal quadro, em vez de meramente reiterar a decisão, a Corte combateu a omissão permanente do Estado com a figura do estado de coisas

inconstitucional “como instrumento judicial encaminhado a pôr fim a uma situação estrutural violadora dos direitos fundamentais”.²⁶³

3.2.2.7 O caso do deslocamento forçado

O caso do deslocamento forçado de pessoas em decorrência do contexto de violência na Colômbia, decidido na *Sentencia* T – 025, de 2004,²⁶⁴ é o caso mais importante de violação massiva de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais enfrentado pela Corte Constitucional e no qual declarou o estado de coisas inconstitucional. Em 22 de janeiro de 2004, a Corte tomou o que foi considerada, para muitos, a decisão mais ambiciosa de sua história. Os juízes declararam “que a dramática situação das mais de três milhões de pessoas deslocadas pela violência na Colômbia – a segunda cifra mais alta no mundo depois do Sudão – constitui um ‘estado de coisas inconstitucional’”. Ao concluir dessa forma, a Corte deixou claro existir uma “violação massiva e reiterada dos direitos fundamentais da população deslocada, e que falhas estruturais das políticas do Estado colombiano são um fator central” dessa situação.²⁶⁵

A Corte enfrentou a omissão estatal, máxime a legislativa, acusando a sua inconstitucionalidade por resultar em proteção deficiente das pessoas deslocadas, violadora de direitos fundamentais básicos. Os juízes procuraram transformar os problemas sociais enfrentados por meio de uma intervenção estrutural. O grande diferencial deste caso, em comparação aos demais nos quais também foi declarado o estado de coisas inconstitucional, foi o fato de a Corte ter retido durante 6 anos jurisdição sobre o litígio para assegurar a implementação total de suas ordens. A Corte não se limitou a determinar fossem promovidas políticas públicas dirigidas a remover a violação de direitos da população deslocada, mas também supervisionou o cumprimento da decisão, realizou audiências públicas para debater as soluções formuladas e proferiu novas decisões e ordens dirigidas a conferir amplo sucesso à *Sentencia* T – 025, de 2004.

O deslocamento interno forçado de pessoas é um fenômeno típico de países mergulhados em violência, como é o caso da Colômbia. As pessoas são forçadas a migrar

²⁶³ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “*estado de cosas inconstitucional*”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* Año 1, Nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003, p. 225.

²⁶⁴ *Sentencia* T – 025, de 22/1/2004.

²⁶⁵ GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia*. Op. cit., p. 13.

dentro do território colombiano, obrigadas a abandonar seus lares e suas atividades econômicas porque as ações violentas de grupos como as FARC ameaçam suas vidas, a integridade física das famílias, não havendo segurança ou liberdade nesses contextos. Conflitos armados internos, como os que ocorrem na Colômbia, geram violência generalizada, violações massivas de direitos humanos, desordem pública e a necessidade de as pessoas fugirem de suas localidades para lugares mais seguros. Todavia, a sociedade civil e as autoridades públicas colombianas, por muitos anos, simplesmente ignoraram as condições às quais se submetiam essas pessoas durante e depois dos deslocamentos.

Na *Sentencia T – 025*, de 2004, a Corte examinou, de uma vez, 108 pedidos de tutelas formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados. A maior parte dessa população era composta por vulneráveis como mulheres cabeças de família, menores, minorias étnicas e idosos. Ante tal quadro, a Corte flexibilizou a legitimidade ativa para os pedidos de tutela, admitindo a interposição dos recursos diretamente por associações de defesa dos direitos das pessoas deslocadas, dispensando a atuação de advogados ou a interposição diretamente pelas pessoas prejudicadas. As associações acusaram a quase ausência de ajuda humanitária ou por parte do Estado colombiano em favor das pessoas deslocadas. Disse que algumas ficaram de seis meses a dois anos sem receber qualquer tipo de auxílio, nem mesmo instrução ou orientação sobre como ter acesso a programas de ajuda. Apontaram que os direitos à moradia, saúde, educação e trabalho eram absolutamente inexistentes, carecendo essas vítimas do mínimo para sobreviver.

A Corte, atenta à magnitude do problema dos deslocados e das limitações impostas aos seus direitos básicos, reconheceu o estado de coisas inconstitucional, apontando para a violação massiva, “repetida e constante de direitos fundamentais, que afetam uma multidão de pessoas, e cuja solução requer a intervenção de distintas entidades para atender a problemas de ordem estrutural”. Concluiu pela necessidade de ordenar remédios que coibissem a violação de direitos não só em favor daqueles que pleitearam as tutelas, senão também das outras pessoas que se encontram na mesma situação. Justificando a intervenção, o relator, Manuel José Cepeda Espinosa, destacou o estado de omissão estatal para solução do grave problema:

En el caso bajo estudio, si bien la Corte ha resaltado la gravedad de la crisis humanitaria que representa el desplazamiento forzado desde 1997, cuando emitió su primera sentencia sobre el tema, y ha mencionado en algunas de sus providencias que este fenómeno podría constituir un estado de cosas inconstitucional, hasta ahora, tal estado no ha sido formalmente declarado. En consecuencia, no se han dado órdenes dirigidas a superarlo.

[...]

No obstante la complejidad de las acciones que se precisan para rectificar tal situación y la urgencia de tales medidas, ya han transcurrido varios años sin que se hayan adoptado los correctivos necesarios para garantizar el goce efectivo de sus derechos a la población desplazada, a pesar de las múltiples sentencias de esta Corte donde se ha encontrado una violación de los derechos fundamentales de los desplazados.

[...]

Además de lo anterior, si bien ha habido una evolución en la política, también se observa que varios de los problemas que han sido abordados por la Corte, son de vieja data y que frente a ellos persiste la omisión de las autoridades para adoptar los correctivos necesarios (ver apartado 6 de esta sentencia).

Como demonstra o trecho do voto, a Corte conclui estarem presentes os principais fatores que caracterizam o estado de coisas inconstitucional e que legitimam a sua intervenção estrutural: a permanente e massiva violação de direitos fundamentais, a omissão de diferentes atores estatais que tanto implica essa violação como a mantém, o envolvimento de um número elevado de pessoas afetadas e a necessidade de a solução ser alcançada pela ação conjunta e coordenada de vários órgãos. A ampla e sistemática violação de direitos teria origem na falta de vontade política tanto do Legislativo quanto do Executivo, ou seja, não se trata de um problema que possa ser imputado a apenas uma entidade, mas a fatores estruturais. Como afirma Cepeda Espinosa,

[...] la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él (ver apartado 6.3.2.)

Com efeito, a omissão estatal, caracterizada como proteção deficiente dos direitos fundamentais das pessoas deslocadas, decorre, segundo a Corte, principalmente, da precária capacidade institucional para desenvolvimento, implementação e coordenação das políticas públicas necessárias e da insuficiência de recursos orçamentários disponibilizados para o cumprimento dessas políticas já deficientes. Para Cepeda Espinosa, a capacidade institucional defeituosa respondia a três fatores: 1) o desenho e a regulamentação equivocadas das políticas públicas voltadas a defender a população deslocada; 2) falhas de implementação da política; e 3) supervisão e avaliação insuficientes da execução da política pública. Considerado o tema da omissão legislativa inconstitucional, nos interessa de perto o primeiro fator, relacionado ao

momento da formulação da política pública. Segundo Cepeda Espinosa, o desenho legislativo da política pública se mostrava defeituoso pelas seguintes razões:

- (i) ausência de um plano de ação atualizado de funcionamento do Sistema Nacional de Atenção à População Deslocada – SNAIPD;
- (ii) não previsão de prioridades, metas específicas ou indicadores que permitissem detectar se os fins das políticas estão sendo cumpridos;
- (iii) falta de clareza na distribuição das funções e responsabilidades entre as entidades envolvidas na proteção da população deslocada;
- (iv) ausência ou insuficiência de elementos fundamentais de uma política pública adequada: (a) falta de prazo para cumprimento dos objetivos propostos; (b) falta de indicação precisa dos valores necessários para alcançar os objetivos; (c) ausência de apontamento do material humano necessário para implementação da política pública; e (d) inexistência de descrição dos meios administrativos idôneos para a execução das políticas.

Como se vê, apesar de a violação massiva dos direitos fundamentais das pessoas deslocadas decorrer de problemas também nas fases de implementação e supervisão das políticas públicas relacionadas, o que revela a “falha estrutural”, a insuficiência da proteção aos direitos dessas pessoas tem origem nas deficiências das próprias medidas legislativas por meio das quais essas políticas foram formuladas. Significa dizer: o estado de coisas inconstitucional tem sua causa inicial na omissão legislativa inconstitucional, revelada pela formulação deficiente ou insuficiente de política pública voltada a proteger a população deslocada na Colômbia. A falha estrutural no caso, legitimadora da “colaboração harmônica” da Corte, inicia-se como omissão legislativa inconstitucional. O Estado não está apenas executando de forma insuficiente uma política pública, mas a própria política formulada é deficiente.

Ante o quadro, a Corte concluiu pela existência de um estado de coisas inconstitucional e pela necessidade de intervir de modo a retirar as autoridades políticas da inércia. Sem exercer diretamente as competências dos outros poderes, a Corte exigiu que tomassem as medidas necessárias em favor dos direitos das pessoas deslocadas:

En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada, y adoptará los remedios judiciales correspondientes respetando la órbita de competencia y el experticio de las autoridades responsables de implementar las políticas correspondientes y ejecutar las leyes pertinentes. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus

competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas.

Além de procurar resolver de imediato o caso dos demandantes, a Corte proferiu decisão interferindo na elaboração do orçamento público, exigindo atenção especial na destinação dos recursos para o auxílio e atenção à população deslocada. Também determinou fosse formulada nova política pública, desta feita adequada a superar satisfatoriamente a violação massiva de direitos das pessoas forçadas a saírem de seus lares e a abandonarem suas atividades econômicas em razão do problema social da violência interna. A Corte exigiu a produção de leis e de um marco regulatório eficientes de forma a proteger, para além dos direitos individuais dos demandantes, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais envolvidos.²⁶⁶ A Corte decidiu o seguinte:

- 1) declarar a existência do estado de coisas inconstitucional;
- 2) comunicar ao Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência a declaração do estado de coisas inconstitucional para que este formule e implemente um plano de ação observadas as seguintes diretrizes:

- a) até 31 de março de 2004 (a decisão era de janeiro), o Conselho Nacional deve:
 - (i) apontar a situação precisa e atual da população deslocada inscrita em Sistema Único de Registro, descrevendo necessidades e direitos dessas pessoas segundo a etapa da política pública em andamento; (ii) fixar a dimensão do esforço orçamentário necessário para cumprir a política em andamento; (iii) delimitar os percentuais do esforço orçamentário que cabem a cada unidade da Federação; (iv) indicar o mecanismo de consecução desses recursos; (v) prever um plano de contingência para a hipótese de os recursos internos e de origem internacional não chegarem no tempo e valor ajustados;
- b) o Diretor da *Red de Solidaridad Social*, os Ministros da Fazenda e Crédito Público e do Interior e da Justiça, assim como o Diretor Nacional de Planejamento

²⁶⁶ Segundo Cepeda Espinosa, expondo o caráter dúplice da sentença:

En el caso presente, la Sala Tercera de Revisión dará dos tipos de órdenes. Unas órdenes de ejecución compleja, relacionadas con el estado de cosas inconstitucional y dirigidas a garantizar los derechos de toda la población desplazada, independientemente de que hayan o no acudido a la acción de tutela para la protección de sus derechos. Tales órdenes tienen como finalidad que las entidades encargadas de atender a la población desplazada establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada.

Las órdenes de carácter simple que también se dictarán en este proceso están dirigidas a responder las peticiones concretas de los actores en la presente acción de tutela, y resultan compatibles con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional para la protección de los derechos de la población en situación de desplazamiento.

e demais membros do Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência devem envidar todos os esforços necessários para assegurar a meta orçamentária traçada ou redefini-la se revelar-se impossível de ser alcançada, assegurando, em qualquer hipótese, os recursos suficientes para atender ao mínimo existencial das pessoas deslocadas;

c) oportunidades às organizações e entidades representativas da população deslocada de participação na tomada das decisões voltadas a superar o estado de coisas inconstitucional;

3) comunicar ao Ministro do Interior e da Justiça que interceda junto a Governadores e Prefeitos para que adotem decisões coerentes com o plano nacional de atenção à população deslocada, bem como que oportunizem a participação nos processos decisórios das organizações e entidades representativas da população deslocada, devendo comunicar essas decisões ao Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência até 31 de março de 2004;

4) ordenar ao Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência que adote programa de ação com cronograma preciso de forma a superar as deficiências de capacidade institucional denunciadas na sentença, devendo cumprir todas as metas, assegurando às pessoas deslocadas o gozo efetivo do mínimo de proteção de seus direitos, no prazo máximo de 6 meses;

5) comunicar a sentença aos Ministros da Fazenda e Crédito Público e das Relações Exteriores, assim como ao Diretor Nacional de Planejamento acerca do prazo para cumprimento das metas;

6) prevenir a todas as autoridades nacionais e territoriais que prestem auxílio e atenção à população deslocada independentemente de ordens judiciais por meio de tutelas;

7) ordenar às entidades governamentais envolvidas que instruem as pessoas deslocadas, de maneira imediata, clara e específica acerca de seus direitos básicos;

8) determinar que as entidades governamentais examinem e decidam, de forma fundamentada e dentro do prazo máximo de 15 dias, os pedidos de ajuda à moradia e ao restabelecimento socioeconômico;

9) ordenar à *Red de Solidaridad* que, no prazo máximo de oito dias, avalie a situação objetiva das pessoas deslocadas demandantes nesta *Sentencia* e dê-lhes acesso imediato às ajudas humanitárias previstas e a orientação adequada acerca do acesso aos programas de auxílio de saúde, medicamentos, educação para menores, moradia e reestabelecimento econômico;

10) comunicar a decisão ao Procurador Geral da Nação e ao Defensor do Povo para que acompanhem o cumprimento da decisão

É comum afirmar ser esta sentença a mais completa do gênero por envolver o mais amplo espectro de motivos que conduziram à declaração do estado de coisas inconstitucional bem como o mais complexo conjunto de ordens dirigido à superação desse estado. A sentença tem características que a tornam, como definiram César Rodríguez Gravito e Diana Rodríguez Franco, uma “macrosentença”: “1) o tamanho da população beneficiária, 2) a gravidade das violações de direitos que pretende resolver, 3) os numerosos atores estatais e sociais envolvidos, 4) a ambição e duração do processo de implementação das ordens da decisão”.²⁶⁷ Por esses motivos, na sequência, abordo os pressupostos do estado de coisas inconstitucional, os remédios estruturais utilizados, os efeitos da decisão declaratória desse estado e o quanto a Corte envolve-se no contexto político nesses casos, tendo como paradigma principal de avaliação este caso da população deslocada em razão da violência.

3.3 A omissão inconstitucional e os pressupostos do “estado de coisas inconstitucional”

A descrição das sentenças da Corte Constitucional colombiana por meio das quais declarou o estado de coisas inconstitucional revela como o juiz constitucional daquele país tem feito uso desse instrumento jurídico para a proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Sem estar baseada em dispositivos constitucionais específicos, em ordens constitucionais expressas de legislar, a Corte dirige-se contra a omissão estatal, acusando falhas estruturais implicarem violação massiva ao sistema de direitos fundamentais. Trata-se de declaração da própria deficiência ou imperfeição de leis e políticas públicas, sua formulação ou implementação, que resultam em uma proteção não apenas insuficiente, mas em violação massiva de direitos fundamentais. O juiz constitucional faz censura à omissão estatal e decide agir ativamente para transformar a realidade social contrária à Constituição.

No contexto de uma democracia pluralista e de um sistema político de poderes separados, a Corte assume papel de vanguarda na correção de falhas estruturais em nome da garantia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, núcleo axiológico e normativo das constituições contemporâneas. A Corte utiliza remédios processuais que escapam ao esquema tradicional de controle de constitucionalidade. Daí a importância de uma sistematização clara

²⁶⁷ GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia*. Op. cit., p. 14.

e objetiva dos pressupostos autorizadores do reconhecimento desse “estado de coisas inconstitucional” de forma a assegurar que, até mesmo em razão da dramaticidade da medida, essa seja excepcional. Por mexer na estrutura e na dinâmica de atuação dos outros poderes, a Corte deve ser não apenas cautelosa, mas rígida quanto à configuração e identificação desses pressupostos. Da leitura das sentenças até aqui examinadas, em especial a do caso da população deslocada, verificam-se 4 pressupostos.

O primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. Para além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em um determinado processo, a investigação da Corte revela quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas. A violação revela-se como grave problema não apenas jurídico, e sim social. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que fecharia os olhos para a vulneração da Constituição como um todo, do projeto constitucional de garantia e gozo de direitos fundamentais. A Corte deve se conectar com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e não apenas a aspectos subjetivos ou vinculados a tipos específicos de enunciados constitucionais.

O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Trata-se, em suma, de mal funcionamento estrutural e histórico do Estado como fator do primeiro pressuposto, o da violação massiva de direitos.

Nesse pressuposto pode inserir-se a omissão legislativa inconstitucional sob a perspectiva material proposta nesta tese (Capítulo II). A falha estatal estrutural pode ter início na omissão legislativa independentemente de determinadas tipologias dos enunciados normativos constitucionais. Leis defeituosas, insuficientes, que promovem proteção deficiente de direitos fundamentais podem ser o ponto de partida de falhas estruturais, mesmo se ausente disposição constitucional expressa do dever de legislar. Na realidade, o estado de coisas

inconstitucional acaba sendo um estado avançado de violação ou proteção deficiente de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais iniciadas em omissões legislativas inconstitucionais. Portanto, a figura do estado de coisas constitucional confirma a proposta de revisão teórica desta tese quanto aos pressupostos materiais da omissão legislativa inconstitucional. Mas é claro, como já apontado, que a falha estrutural pode estar presente mesmo existente lei, bastando a falta de coordenação quando da implementação do Diploma.

O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o estado de coisas inconstitucional quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes. O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações, existe quanto à busca por soluções. Como disse Libardo José Arida, ao mal funcionamento estrutural e histórico do Estado conecta-se a adoção de remédios de “igual ou similar alcance”.²⁶⁸ Para a solução do estado de coisas inconstitucional, são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, enfim, mudanças estruturais.

Esses pressupostos revelam conexão entre o estado de coisas inconstitucional e a figura do “litígio estrutural”, caracterizado por: “1) afetar um número amplo de pessoas que alegam, diretamente ou através de organizações, a violação de seus direitos; 2) envolver várias entidades estatais como demandadas por serem responsáveis pelas falhas sistemáticas de políticas públicas; e 3) implicar ordens de execução complexa, mediante as quais o juiz instrui a várias entidades públicas a empreender ações coordenadas para proteger a toda população afetada (não somente os demandantes do caso concreto)”.²⁶⁹ A ideia de “litígio estrutural” vincula o estado de coisas inconstitucional à fixação de “remédios estruturais” para sua superação. A violação sistemática e generalizada de direitos e a existência de falhas estruturais como fatores dessa violação são pressupostos do estado de coisas inconstitucional e características dos litígios estruturais, e ambos reclamam “remédios estruturais,” abordados no tópico seguinte.

O quarto e último pressuposto, de natureza puramente quantitativa, diz respeito à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em

²⁶⁸ Cf. ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 142.

²⁶⁹ GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Op. cit., p. 16.

demandas judiciais, o que produziria grave congestionamento da máquina judiciária. Preocupada com sua funcionalidade, a Corte busca resolver a situação de uma única vez, alcançando o maior número de afetados possível. Por certo que utilizar essa situação como critério para configuração do estado de coisas inconstitucional só faz sentido em sistemas de amplo e fácil acesso à jurisdição constitucional, como o é o colombiano. Em contextos como o brasileiro, no qual a Constituição criou obstáculos aprofundados pelo próprio Supremo para o acesso de organizações e movimentos de defesa de direitos fundamentais à jurisdição constitucional concentrada,²⁷⁰ erigir esse dado quantitativo à categoria de pressuposto serviria como mais um fator de manutenção do *status quo*.

Esses pressupostos, máxime a violação massiva de direitos fundamentais e o fator da falha estrutural,²⁷¹ permitem seja a ideia de estado de coisas inconstitucional uma possibilidade para nosso sistema de controle de constitucionalidade da omissão legislativa, uma vez que esta última seja compreendida sob a ótica material proposta no Capítulo anterior. Significa dizer: nossa dogmática constitucional pode ser alimentada pelo instrumento do estado de coisas inconstitucional entendido como estágio avançado de proteção deficiente de direitos fundamentais implicada por uma omissão estatal inconstitucional.

O pressuposto da omissão inconstitucional deve ser a proteção deficiente de direitos fundamentais. Essa proteção deficiente pode decorrer de falhas estruturais, prejudiciais à ordem objetiva de valores que gravita sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Pode culminar em violação massiva de direitos fundamentais agravadas pela incapacidade de os poderes políticos mudarem esse quadro negativo. Como defendo no último Capítulo, o quadro de superlotação carcerária e de condições desumanas do encarceramento é um exemplo marcante de vigência do estado de coisas inconstitucional no Brasil. Para solucionar esse quadro, surge a necessidade de uma intervenção estrutural do Supremo: a necessidade de trabalhar com a formulação de “remédios estruturais”.

²⁷⁰ Cf. COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden (Coord.). *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. Brasília: UnB, 2014. Disponível em: http://www.fd.unb.br/images/stories/Documentos_Pos/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf. <Acesso em 4/6/2014>

²⁷¹ Na *Sentencia* T – 025, de 2004, Cepeda Espinosa resumiu a evolução do conceito do estado de coisas inconstitucional, desde a primeira oportunidade em que foi declarado, em 1997, na *Sentencia* SU – 559, de 1997, como aquele que ocorre quando “(1) *se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales.*”

3.4 Os “remédios estruturais” e a supervisão judicial

No Capítulo anterior, eu aleguei que o problema da omissão inconstitucional, incluída a legislativa, deve relacionar-se com a falta de efetividade dos direitos fundamentais, e não com a eficácia jurídico-formal dos dispositivos constitucionais. Isso também significa que, para além da discussão sobre a fundamentação das decisões, o debate deve voltar-se às estruturas das decisões, aos remédios a serem adotados e à capacidade desses de surtir efeitos reais em favor dos direitos fundamentais. Deve haver a preocupação com a formulação de remédios capazes de solucionar os chamados “litígios estruturais” e de oferecer respostas à altura dos desafios impostos por violações massivas de direitos fundamentais. Os remédios devem ser suficientes a superar o estado permanente e abrangente de omissão estatal.

O sucesso de um projeto constitucional centrado em direitos fundamentais não se alcança apenas com a declaração solene desses direitos e com a criação de uma corte constitucional para protegê-los. Deve também haver desenhos e criatividade institucionais voltados ao estabelecimento de remédios judiciais capazes de assegurar efetividade a esse projeto. Em se tratando de litígios envolvendo falhas de um conjunto de órgãos e instituições (litígio estrutural), o juiz deve interferir em políticas públicas. A corte constitucional ou suprema tem que enfrentar o fracasso generalizado das políticas públicas em andamento ou mesmo a inexistência dessas políticas independentemente de ordens expressas de legislar.

A corte depara-se tanto com falhas ou bloqueios estruturais quanto com resultados pífios das políticas em jogo. Em qualquer hipótese, ela enfrenta casos de omissão inconstitucional tal como definidos e identificados no Capítulo anterior: a insuficiência ou inexistência de proteção a direitos fundamentais. Presente, portanto, litígio estrutural da espécie, o juiz constitucional não tem alternativa senão exigir a formulação de políticas públicas minimamente operantes, independentemente da existência de ordens constitucionais expressas de legislar e de formulação de políticas públicas. A corte deve superar o vazio de políticas públicas que “contribua a perpetuar (ou, inclusive, aprofundar) violações graves e reiteradas de direitos humanos”.²⁷²

No caso da *Sentencia* T – 025, de 2004, como demonstrado anteriormente, a Corte Constitucional colombiana apontou falhas em todos os ciclos da política pública: da formulação, da implementação e da avaliação. Além do mais, a Corte acusou a falta de coordenação entre esses ciclos. Diante de tal quadro, os juízes precisaram lançar mão de

²⁷² GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia*. Op. cit., p. 43.

ordens que, ao mesmo tempo em que redimensionassem esses ciclos, permitissem melhor coordenação estrutural. Sem detalhar as políticas, o papel da Corte Constitucional foi tanto o de colocar a máquina estatal em movimento quanto o de articular a harmonia desse movimento. Agindo assim, sem chegar a ser um “elaborador” de políticas públicas, o juiz constitucional comporta-se como um “coordenador institucional”. Para tanto, atua para além de tomar decisões meramente declaratórias, vindo a ordenar ações estruturais e supervisionar a implementação de suas decisões. A Corte utiliza-se de “remédios estruturais”.

Aparentemente “inconsistentes com a função judicial”, os remédios estruturais destinam-se a reestruturar ou remodelar políticas públicas ou institutos legislativos e administrativos,²⁷³ envolvendo ainda a supervisão contínua da execução das decisões. Os remédios estruturais tiveram origem nas decisões da Suprema Corte norte-americana para implementar *Brown*.²⁷⁴ Não podendo determinar o fim da segregação racial de imediato, ante as reações negativas dos Estados do Sul, a Suprema Corte determinou a implementação aos poucos sob a supervisão contínua das cortes distritais.²⁷⁵ Nos Estados Unidos, os remédios estruturais também foram utilizados para a reestruturação de escolas distritais, de presídios e de instituições de saúde para tratamento dos mentalmente incapacitados. Para tanto, as cortes norte-americanas interferiram na formulação e implementação de políticas públicas, bem como sobre as prioridades orçamentárias.

Na Colômbia, a Corte Constitucional, frente a casos de violação massiva de direitos constitucionais, declara o estado de coisas inconstitucional justamente como razão para estender os efeitos de recursos de tutela e ordenar remédios de alcance material e temporal à altura da magnitude da violação. Esses remédios destinam-se a proteger outras pessoas que, embora não sejam partes do processo julgado, se encontram em situação similar aos demandantes. Assentado o estado de coisas inconstitucional, a Corte ordena que a pluralidade de autoridades públicas envolvidas adote medidas, cada qual dentro de suas competências, necessárias para corrigir a situação inconstitucional. Como resumido pelo magistrado Cepeda Espinosa na *Sentencia* T – 025, de 2004, referindo-se ao histórico de remédios estruturais expedidos pela Corte Constitucional, por meio desses o juiz determina:

²⁷³ WEAVER, Russel L. The Rise and Decline of Structural Remedies. *San Diego Law Review* Vol. 41, 2004, p. 1.617.

²⁷⁴ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). *Brown* talvez seja a mais importante decisão da história da Suprema Corte. Superando a teoria da constitucionalidade da segregação racial estabelecida em *Plessy (separate but equal)*, de 1896, a Suprema Corte afirmou a inconstitucionalidade da segregação racial no ensino público como violação à cláusula da *equal protection clause*. Sobre a decisão, cf. POWE JR, Lucas A. **The Warren Court and American Politics**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

²⁷⁵ A decisão ficou conhecida como *Brown II* – 349 US 294 (1955).

- 1) o desenho e a implementação de políticas, planos e programas que assegurem de maneira adequada os direitos fundamentais cujo gozo efetivo depende da superação do estado de coisas inconstitucional;
- 2) a apropriação dos recursos orçamentários necessários para assegurar o sucesso dessas políticas e o gozo efetivo de tais direitos;
- 3) a modificação das práticas, falhas de organização e de procedimento que resultam em violação à Constituição;
- 4) a reforma do marco jurídico cujas falhas têm contribuído ao estado de coisas inconstitucional; e
- 5) a realização dos trâmites administrativos, orçamentários e de contratação indispensáveis para superar a violação de direitos.

O rol de ordens estruturais, a toda evidência, foge ao papel tradicional e comum de juízes e cortes. São ordens que versam matérias que podem estar além do alcance da expertise judicial. Daí por que devem ser excepcionais exatamente como o é a declaração do estado de coisas inconstitucional. Isso é assim porque os remédios estruturais possuem, como principal característica, levar o juiz constitucional a exercer funções executivas ao interferir em processos administrativos, e funções legislativas ao estabelecer padrões tipicamente políticos para a operação de programas de governo, “incluindo estabelecer exigências orçamentárias”.²⁷⁶ Pode-se falar em ativismo judicial estrutural. Além do mais, nesses casos, cortes mantêm jurisdição para supervisionar a implementação dessas ordens.²⁷⁷ Esses aspectos geram debates sobre a legitimidade da atuação judicial, tratada no Capítulo seguinte. A amplitude das ordens suscita também debate sobre os tipos de efeitos que podem surtir. É o tema do próximo tópico.

3.5 Os efeitos da decisão

César Rodríguez Gravito e Diana Rodríguez Franco, tomando por base a decisão da Corte Constitucional colombiana sobre o drama da população deslocada, oferecem proposta de sistematização dos efeitos das decisões estruturais e declaratórias do estado de coisas inconstitucional muito bem elaborada e merecedora de reprodução aqui. Os autores acusam a

²⁷⁶ NAGEL, Robert F. Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies. **Stanford Law Review** Vol. 30, 1978, p. 662.

²⁷⁷ Caso de sucesso dessa modalidade de ativismo judicial é realizado pela Suprema Corte da Índia: cf. SHANKAR, Shylashri. Descriptive overview of the Indian Constitution and the Supreme Court of India. In: VILHENA, Oscar *et al* (Ed.) **Transformative constitutionalism: Comparing the Apex courts of Brazil, India and South Africa**. Johannesburg: PULP, 2013, p. 105-134.

existência de um ponto cego nos estudos sobre as decisões estruturais relativas aos direitos fundamentais. Alegam que o foco quase exclusivo sobre a fundamentação das decisões sob a ótica da legitimidade democrática acaba por enfraquecer ou mesmo excluir da análise a fase de implementação dessas decisões e a sua capacidade de promover transformações sociais reais. Essa limitação acaba por prejudicar uma visão ampla e realista dos efeitos dessas decisões.

Pautados em visão construtivista das relações entre Direito e Sociedade, os autores rejeitam conclusões baseadas apenas nos efeitos diretos e instrumentais das decisões. Segundo alegam, também são relevantes as transformações indiretas e simbólicas que produzem sobre as relações sociais e o quanto modificam a percepção dos atores sociais sobre o tema. Com relação à *Sentencia T – 025*, de 2004, os autores apontam que

[...] mais além de seus efeitos instrumentais diretos (isto é, o cumprimento efetivo de suas ordens), é possível que ela tenha gerado efeitos indiretos ou simbólicos igualmente importantes. Por exemplo, pode haver contribuído para mudar a percepção pública sobre a urgência e gravidade do deslocamento na Colômbia, ou pode haver legitimado as denúncias e reforçado o poder de negociação das ONG de direitos humanos e as entidades internacionais que vinham pressionando o governo colombiano para fazer mais pela população deslocada.²⁷⁸

As transformações sociais alcançadas por decisões dessa magnitude não se resumiriam, portanto, àquelas decorrentes do cumprimento propriamente dito das ordens judiciais pelas autoridades públicas. Essas decisões também reequilibram os poderes dos atores em litígio, redefinem os parâmetros do tema, produzem novos focos e argumentos. Os autores falam em efeitos simbólicos por “modificar a percepção do problema e das alternativas de solução”.²⁷⁹ Mesmo a maior visibilidade do problema social é um efeito relevante dessas decisões. Ante tais cenários os autores formularam um esquema com quatro tipos de efeitos combinados: diretos instrumentais, diretos simbólicos, indiretos instrumentais e indiretos simbólicos.

Os efeitos diretos consistem nas condutas determinadas pela decisão e que afetam os litigantes, os beneficiários e os destinatários das ordens. No caso da *Sentencia T – 025*, de 2004, são efeitos diretos instrumentais “a formulação e implementação de novas normas e políticas públicas por parte das autoridades às quais estão dirigidas as ordens da decisão, a inclusão das ONG litigantes nas audiências e no processo de monitoramento, e a melhoria no

²⁷⁸ GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia*. Op. cit., p. 22-23.

²⁷⁹ Idem, ibidem, p. 23.

financiamento e prestação de alguns serviços aos deslocados, que são os beneficiários últimos da decisão”.²⁸⁰ Esses efeitos diretos instrumentais alcançam a correção da omissão legislativa inconstitucional. Os efeitos diretos simbólicos consistem na definição e na percepção do problema como violação massiva de direitos em decorrência da afirmação do estado de coisas inconstitucional.

Os efeitos indiretos seriam as consequências não definidas nas ordens judiciais, nem buscadas explicitamente pelos juízes constitucionais, mas que existem e derivam da própria decisão estrutural. Esses efeitos alcançam, além dos atores do caso, qualquer outro ator social. São efeitos indiretos instrumentais a formação de movimentos e organizações sociais para participarem da fase de implementação da decisão, bem como a mudança provocada sobre a cobertura midiática do problema, São efeitos indiretos simbólicos, principalmente, a mudança da opinião pública sobre a gravidade ou urgência do problema de violação de direitos, o que pode influenciar o comportamento dos atores políticos em favor dos destinatários dos direitos fundamentais. Sob o ponto de vista sociológico, trata-se de “mudanças culturais ou ideológicas em relação ao tema”.²⁸¹

Essa tipologia parte de uma perspectiva relacional de reciprocidade entre Direito e Sociedade e promove uma capacidade cognitiva mais ampla das transformações que podem ser produzidas por decisões estruturais e declaratórias do estado de coisas inconstitucional. A visão parcial, denunciada pelos autores, do tipo que apenas se preocupa com os efeitos diretos das decisões, não permite a compreensão de todo o alcance real dessas decisões.²⁸² Focados apenas nos efeitos diretos imediatos, os autores de visão parcial não chegam a perceber o diálogo que as decisões estruturais fazem surgir, o efeito deliberativo que possuem ao catalisar debates sobre o tema dentro da sociedade, incentivando os movimentos sociais e organizações não governamentais a atuarem em favor da satisfação futura dos direitos envolvidos.²⁸³

²⁸⁰ Idem, ibidem, p. 24.

²⁸¹ Idem, ibidem, p. 25.

²⁸² Para o principal representante desse pensamento, criticado pelos autores, Gerald Rosenberg, **The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?** 2ª ed., Chicago: The University of Chicago Press, 2008, p. 157 et seq, 420-423 e 431, cortes não são atores relevantes para transformações sociais. Segundo ele, mesmo a Corte Warren foi “de limitada relevância para o progresso real dos direitos civis na América”. Para Rosenberg, ausentes condições específicas, as cortes não têm capacidade de fazer triunfar direitos sobre a política. Elas seriam limitadas por constrições (a natureza limitada dos direitos constitucionais, a falta de independência judicial e de poder de implementação de medidas) que não lhe permitem “produzir significante reforma social”, de forma que só conseguem ser efetivas se um movimento político estiver apoiando as mudanças judicialmente perseguidas. Para Rosenberg, “no fim, não existe substituto para ação política.”

²⁸³ Cf. BALKIN, Jack. **Constitutional Redemption. Political Faith in an Unjust World**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

Assumida essa dinâmica, os efeitos indiretos, máxime os simbólicos, podem ser tão relevantes quanto os diretos e instrumentais. Segundo os autores, tendo por referência o caso da população deslocada, são consequências importantes das decisões estruturais, negligenciadas pelas visões parciais de alguns autores, “o aparecimento do problema do deslocamento na agenda política, a mobilização social em favor dos direitos dos deslocados, a mudança de percepção da urgência e gravidade do deslocamento na opinião pública, e a transformação gradual do aparato estatal que atende a população deslocada, entre outros”.²⁸⁴ Dentre essas consequências, inclui-se a maior participação da sociedade nos assuntos decididos, o que, por si só, revela ganhos democráticos.

O ativismo judicial do tipo estrutural e a participação social na discussão e implementação das decisões possuem uma relação de causa e efeito, embora nem sempre linear ou unidirecional. A percepção do ganho democrático das decisões estruturais tem o lado positivo de lançar novas luzes sobre o questionamento acerca da legitimidade democrática do papel do juiz constitucional em intervir sobre falhas estruturais. Aqui entra em jogo a discussão, de um lado, quanto aos limites da atuação judicial ativista em problemas sociais estruturais e, de outro, quanto à capacidade dialógica dessa atuação e se essa perspectiva pode incrementar legitimidade ao ativismo judicial estrutural. A discussão diz com a repercussão da declaração do estado de coisas inconstitucional sobre o correspondente contexto político-democrático.

3.6 O “estado de coisas inconstitucional” no contexto político-democrático

Ao declarar o estado de coisas inconstitucional, a Corte passa atuar como autêntico ator político, decidindo sobre o momento de formulação de políticas públicas e controlando sua implementação. Acusações de ativismo judicial são feitas. A Corte usurparia os poderes do Legislativo e do Executivo, cujos membros são eleitos por votação popular, sujeitos a controle social periódico. Por sua vez, juízes não são eleitos nem responsáveis perante a população, carecendo, portanto, de legitimidade democrática para assim agir. Em uma democracia, juízes apenas aplicam leis, não podem, portanto, comandar a confecção dessas leis. Ademais, há aqueles que acusam a falta de capacidade institucional do Judiciário em decidir sobre políticas públicas. Legisladores e Executivos estariam melhor posicionados, teriam maior expertise para decidir sobre essas medidas.

²⁸⁴ GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia.** Op. cit., p. 27.

Todavia, os casos estudados neste Capítulo, nos quais a Corte Constitucional colombiana declarou o estado de coisas inconstitucional e proferiu diferentes decisões intrusivas e interventivas sobre os atos legislativos e administrativos dos outros poderes, revelam situações de mal funcionamento estrutural do Estado, nada animadoras quanto às qualidades representativa e institucional superiores do Legislativo e do Executivo. Nesses casos, verificaram-se tanto a ineficiência administrativa quanto a inércia legislativa, verdadeiros bloqueios institucionais que frustraram a realização de direitos fundamentais. Assim, cabe a pergunta: é de manter-se, em um cenário de graves problemas sociais e de violações de direitos fundamentais, uma postura cética quanto ao papel dos juízes constitucionais em matéria de políticas públicas mesmo se evidenciadas falhas estruturais, profundas deficiências dessas políticas tal como desenhadas pelo Legislativo e Executivo ou até a inexistência dessas medidas?

Em todos esses casos, a Corte Constitucional detectou violação massiva e sistemática de direitos, bem como falhas estruturais do aparato estatal que acreditou justificarem tomar medidas ordenadoras de políticas públicas, de alocação de recursos e de implementação de direitos que deveriam caber, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo. Do ponto de vista pragmático, os casos apontam que a violação de direitos permaneceria se não fosse a intervenção da Corte. Dentro desse cenário, o ativismo judicial da Corte Constitucional colombiana estaria plenamente justificado? Responder a esta questão é o propósito do próximo Capítulo, no qual alegarei que a legitimidade do ativismo judicial da Corte, de tipo estrutural, reclama, além da presença dos pressupostos próprios do estado de coisas inconstitucional, que os remédios estruturais determinados possuam a virtude de alimentar o diálogo institucional, e não a supremacia judicial.

4 ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

4.1 Os termos do debate

Como exposto no Capítulo anterior, a declaração judicial do estado de coisas inconstitucional e a consequente expedição de remédios estruturais revelam interferência profunda de cortes constitucionais sobre ações e assuntos próprios do Executivo e do Legislativo. A circunstância não pode ser minimizada: acusações de ativismo judicial têm fundamento. As cortes realmente assumem papéis típicos de agente político: apontam falhas estruturais representativas de omissões inconstitucionais; definem se e quando formular políticas públicas; determinam os parâmetros dessas políticas; estabelecem a alocação de recursos orçamentários; coordenam a atuação das instituições de governo; supervisionam os resultados dessa atuação. As cortes assumem para si a tarefa de agentes de transformação social e, para tanto, comportam-se para além do papel judicial tradicional, atraindo críticas de ordem democrática e questionamentos acerca de sua capacidade institucional.

Sem embargo, apesar de ser uma realidade do ponto de vista descritivo, o avanço de poder pelas cortes não é unanimidade sob a perspectiva normativa. Na verdade, a ascensão política de juízes e cortes sempre foi alvo de muitas críticas. A prática é acusada de afrontar o princípio democrático e o valor do autogoverno popular.²⁸⁵ Fala-se em mutação do “Estado legislativo parlamentar em um Estado Jurisdicional governado pelo Tribunal Constitucional” e que “esse Tribunal torna-se, em sentido peculiar, o soberano da constituição” em clara violação ao princípio da separação de poderes.²⁸⁶ Outros destacam a carência de capacidade institucional do Judiciário, comparado aos Poderes Legislativo e Executivo, para avançar os comandos constitucionais na direção das transformações sociais.²⁸⁷ Essas críticas tornam-se ainda mais dramáticas se levados em conta os contornos das ordens judiciais que seguem à declaração do estado de coisas inconstitucional.

De um modo geral, o alvo é o ativismo judicial, ou seja, o exercício mais expansivo e vigoroso de juízes e cortes em face de outros poderes, tanto declarando a nulidade de leis e atos administrativos sem que o seja acima de qualquer dúvida razoável, como impondo deveres e obrigações ao Executivo e Legislativo sobre matérias tipicamente políticas. Aqueles

²⁸⁵ Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

²⁸⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale**. Milão: Giuffrè, p. 262.

²⁸⁷ Cf. VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

que acusam o ativismo judicial defendem que o comportamento judicial padrão deve ser o de deferência judicial.²⁸⁸ Opositores de cortes aduzem que essas devem adotar a postura contrária ao ativismo judicial, qual seja, a de autorrestrrição judicial. Devem evitar declarar a nulidade de leis ou atos administrativos se alguma mínima possibilidade de validade desses atos existir, assim como manter-se distantes dos temas de natureza política, das escolhas políticas que, em uma democracia, cabem exclusivamente aos poderes batizados pelo voto popular.

Todavia, a declaração do estado de coisas inconstitucional dá-se sempre em cenário extremado de falhas e bloqueios estruturais que revelam a mais absoluta incapacidade de os poderes políticos resolverem problemas de violação massiva de direitos fundamentais. Significa dizer: a princípio, há extremos em ambas as direções. À situação extrema de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de falhas estatais estruturais, as cortes respondem com medidas de ativismo judicial, tomando para si a condução da formulação e implementação de políticas públicas. Aparentemente, inércia político-administrativa absoluta de um lado, e arbítrio judicial de outro. Mas não seria possível um meio termo? Uma forma de legitimar o ativismo judicial de tipo estrutural presente na declaração de estado de coisas inconstitucional?

Este Capítulo destina-se a afirmar esse meio termo ao relacionar o ativismo judicial estrutural com a atuação dialógica das cortes. O ativismo judicial não é, segundo a perspectiva desta tese, aprioristicamente ilegítimo, salvo aquele voltado a afirmar a supremacia judicial, isto é, o ativismo do tipo antidialógico.²⁸⁹ Mesmo o ativismo judicial do tipo estrutural, quando manifestado na hipótese de declaração do estado de coisas inconstitucional, pode ser tido como legítimo se satisfeitas certas condições. Neste Capítulo, procuro prescrever essas condições de legitimidade. Antes, contudo, abordo os três temas que compõem o debate: o conjunto de objeções democráticas e institucionais à ação expansiva de juízes e cortes; o conceito e as dimensões do ativismo judicial; e a resposta dialógica às acusações de ilegitimidade da atuação das cortes. Ao fim, proponho a ideia de “ativismo judicial estrutural dialógico” como possibilidade legítima de intervenção judicial em face de um estado de coisas inconstitucional.

4.2 As objeções de ordens democrática e institucional

²⁸⁸ Por todos, cf. WILKINSON III, J. Harvie. **Cosmic Constitutional Theory. Why Americans Are Losing Their Inalienable Right to Self-Governance**. New York: Oxford University, 2012.

²⁸⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Op. cit., p. 332-338.

As críticas feitas ao exercício expansivo de cortes constitucionais ou supremas, inclusive quando voltado à garantia de direitos fundamentais, possuem, de um modo geral, duas vertentes: (i) a primeira acusa a falta de legitimidade democrática da atuação ativista de juízes não escolhidos pelo voto popular, irresponsáveis perante o eleitorado; (ii) a segunda envolve aspectos técnicos relacionados à acusação de falta de capacidade institucional dos juízes para decidirem sobre certas matérias, máxime sobre políticas públicas. Essas duas ordens de objeções serão abordadas em tópicos distintos, a seguir desenvolvidos.

4.2.1 As objeções de ordem democrática

Do ponto de vista descritivo, democracia e cortes constitucionais têm caminhado juntas.²⁹⁰ Países de longa tradição democrática reforçaram, nos últimos anos, o Poder Judiciário ao incluir alguma forma ainda que fraca de controle de constitucionalidade.²⁹¹ Países recém-democratizados implementaram constituições rígidas dotadas de carta de direitos entrincheirados e cortes constitucionais de amplos poderes.²⁹² Em tais cenários, as cortes, em diferentes medidas, acabaram tornando-se “consequencialmente políticas”,²⁹³ empoderadas pelos agentes de governo e motivadas pela sociedade a realizarem papéis cada vez mais decisivos para os rumos da vida política e social desses países. As cortes têm “feito a diferença” na vida política dessas sociedades. Essa expansão do papel judicial para além do tradicional de solução de conflitos particulares cotidianos, passando a atuar cada vez mais com ativismo, mormente na regulação dos processos eleitorais e na concretização de justiça substantiva, agrava os questionamentos acerca de sua legitimidade democrática, na verdade, da falta dela.

Com efeito, do ponto de vista normativo, o “casamento” entre democracia e cortes enfrenta tensões de legitimidade. Sob o rótulo *bickeliano* da “dificuldade contramajoritária”,

²⁹⁰ Cf. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Op. cit.; GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.) **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 81-98; HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

²⁹¹ Cf. TUSHNET, Mark. Alternatives Forms of Judicial Review. **Michigan Law Review** Vol. 101 (7), 2003, p. 2.781-2.802.

²⁹² GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.). **Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies**. Londres: Frank Cass, 2004, p. 93.

²⁹² GLOPPEN, Siri; *et al.* (ed.) **Courts and Power in Latin America and Africa**. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

²⁹³ ZAPISZEVWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A. (Ed.) **Consequential Courts. Judicial Roles in Global Perspective**. New York: Cambridge University Press, 2013.

teóricos acusam a ilegitimidade democrática de juízes não eleitos pelo voto popular tornarem inválidas, nulas decisões tomadas por agentes políticos eleitos pelo povo.²⁹⁴ Essa acusação torna-se ainda mais séria tendo em vista que muitas dessas decisões de inconstitucionalidade tomam por base normas constitucionais abertas, portadoras de conteúdo moral – dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade –, que convidam interpretações distintas de acordo com os valores compartilhados por uma sociedade pluralista, o que recomendaria maior deferência às decisões formuladas pela maioria de representantes eleitos dessa sociedade heterogênea. Três fundamentos inter-relacionados explicam de modo abrangente a objeção democrática: a superioridade do Legislativo como representante dos anseios sociais, a ideia de autogoverno popular e “o mal” da supremacia judicial. Essas abordagens foram bem desenvolvidas, respectivamente, por James Bradley Thayer, Jeremy Waldron e Larry Kramer.

4.2.1.1 A proposta *thayeriana*: a pedra fundamental da deferência judicial

O marco da sistematização teórica da *deferência* ou da *autorrestrrição judicial* é o ensaio escrito por James Bradley Thayer em 1893²⁹⁵ e sua proposta de que uma lei só deva ser declarada inconstitucional pelas cortes na hipótese de a violação à constituição ser tão manifesta que não deixe espaço para dúvida razoável. Formulada para valer em face da realidade constitucional e política norte-americana do fim do séc. XIX, a proposta *thayeriana* atacava a jurisprudência emergente da Suprema Corte que viria a ser conhecida como Era Lochner.²⁹⁶ Prestigiada, a fórmula de Thayer influenciou seguidas gerações de juízes²⁹⁷ e

²⁹⁴BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16-18: “A dificuldade fundamental é que a *judicial review* é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...) quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou a ação de um executivo eleito, ela cerceia a vontade dos representantes do povo real de aqui e de agora.”

²⁹⁵ THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review** Vol. 7 (3), 1893, p. 129-156. Para a origem teórica da autorrestrrição judicial como uma *noção Jeffersoniana* da autoridade primária do povo para a interpretação da Constituição, portanto, anterior ao texto de Thayer, cf. KRAMER, Larry. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. **California Law Review** Vol. 100 (3), 2012, p. 622-623.

²⁹⁶ A Era Lochner, assim batizada em razão da decisão da Suprema Corte norte-americana, de 1905, em *Lochner v. New York* (198 U.S. 45 [1905]), foi caracterizada pela postura ativista da Suprema Corte em face da atuação regulatória da União e dos Estados, em defesa de liberdades econômicas. A Corte assentava um *direito natural* de propriedade e a liberdade de contrato em hostilidade à intervenção estatal na economia.

²⁹⁷ Como dito no Capítulo I (item 2, *supra*), esse ensaio de Thayer influenciou grandes juízes norte-americanos como Learned Hand, Oliver Wendell Holmes, Louis Brandies e Felix Frankfurter. Sobre essa influência, cf. MENDELSON, Wallace. The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. **Vanderbilt Law Review** Vol. 31 (1), 1978, p. 71-87; LUBAN, David. Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint. **Duke Law Journal** Vol. 44 (3), 1994, p. 451; POSNER, Richard. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California Law Review** Vol. 100 (3), 2012, p. 525-531. No mesmo sentido: DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution**. Op. cit., p. 340;

autores²⁹⁸ que desenvolveram, e ainda desenvolvem, propostas teóricas de autorrestrrição judicial. Alexander Bickel batizou a proposta de Thayer de “*regra do erro manifesto*” (*rule of the clear mistake*),²⁹⁹ segundo a qual apenas um erro legislativo claro, manifesto, acima de qualquer dúvida pode justificar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

Caso não estivesse presente erro claro e manifesto, juízes e cortes deveriam abster-se de pronunciar a inconstitucionalidade de leis, ainda que não concordassem com isso. Thayer defendeu, portanto, limitações substantivas ao exercício da *judicial review*, deferência institucional aos outros poderes e isso por motivos de fundo democrático. A presente proposta é o marco clássico do que se pode denominar de autorrestrrição judicial estrutural. Thayer não era inteiramente contra a *judicial review*, mas a favor do exercício particularmente moderado³⁰⁰ – a proposta *thayeriana* era de *modéstia judicial*,³⁰¹ de *dever de deferência* às decisões do legislador.³⁰² O dever de deferência judicial seria adequado porque as decisões legislativas são tomadas quase sempre dentro de ampla margem de escolha, decorrente da ambiguidade da Constituição norte-americana.³⁰³ Segundo Thayer, na medida em que há essa extensa liberdade de escolha legislativa, os juízes devem evitar interferir.

Para Thayer, portanto, a ambiguidade da Constituição fala em favor do respeito à margem de conformação legislativa e não, como muitos defendem, em favor da liberdade do controle de constitucionalidade. Disso decorre que, apenas uma *violação manifesta e inequívoca da Constituição* justificaria a intervenção da Corte com a declaração de invalidade

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law.** Op. cit., p. 16.

²⁹⁸ Adrian Vermeule, **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation.** Op. cit., p. 254-255, ele mesmo um importante seguidor das ideias de Thayer, referiu-se a autores como Jeremy Waldron, Larry Kramer e Mark Tushnet como sendo “*neo-Thayerian*”. Laurence H. Tribe, **The Invisible Constitution.** Op. cit., p. 50, por sua vez, afirmou, com inteira razão, que as abordagens mais recentes incluídas no movimento conhecido como constitucionalismo popular são ainda mais limitadoras da *judicial review* do que foi a proposta de Thayer. Waldron, Kramer e Tushnet são expoentes desse movimento.

²⁹⁹ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics.** Op. cit., p. 35-46.

³⁰⁰ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law.** Op. cit., p. 16: “Algo como o modelo forte de revisão judicial parece ter sido o alvo do famoso ensaio de 1893 de James Bradley Thayer...”.

³⁰¹ POSNER, Richard A. **How Judges Think.** Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 288: “Versões de modéstia judicial incluem o princípio de Thayer segundo o qual leis devem ser invalidadas apenas se são contrárias a algum entendimento razoável do texto constitucional”.

³⁰² VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation.** Op. cit., p. 254: “A essência do Thayerismo é um argumento a favor da deferência judicial aos legisladores em questões constitucionais”.

³⁰³ Cass Sunstein, **A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before.** Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 19, enxergando exagero em Thayer: “Por que a Constituição é frequentemente ambígua, a abordagem de Thayer exigiria que as cortes mantivessem quase toda legislação nacional...”.

da lei contestada.³⁰⁴ Segundo a formulação de Thayer, a possibilidade de as Cortes declararem a invalidade das leis se daria “quando aqueles que têm o direito de fazer leis não cometeram um mero erro, mas cometeram um erro muito manifesto – tão manifesto que não está aberto à dúvida razoável”.³⁰⁵ Em havendo dúvida razoável sobre a constitucionalidade da lei, o juiz tem o dever de ser deferente à decisão prévia do legislador, exercer autocontenção e não declarar inconstitucional a lei questionada.

A proposta thayeriana foi, sobretudo, de rediscutir as práticas da democracia norte-americana. Ele acusou que o pensamento norte-americano em favor de uma forte *judicial review* estava distanciando as “questões de justiça e de direito” do espaço político-legislativo e fomentando a irresponsabilidade dos legisladores. Essa situação deveria ser logo compreendida pelo povo, que deveria enxergar os graves riscos para a democracia em se reduzir o campo de ação do legislador e em não impor limites ao poder judicial. Sua abordagem propôs a conexão entre deferência judicial e o valor do Poder Legislativo para o direito de todos ao autogoverno democrático. “Em nenhum sistema”, disse Thayer, “o poder das Cortes pode ter sucesso em salvar um povo da destruição; [a] proteção principal repousa em outro lugar”.³⁰⁶ Para o autor, a salvação estaria no Poder Legislativo.

Em síntese, Thayer desenvolveu sua proposta com base nos seguintes argumentos conexos: a presença de uma constituição escrita não implica necessariamente a *judicial review*; mas esse poder, que é de caráter estritamente judicial, pode ser útil, desde que exercido de forma moderada; o Legislativo possui uma autoridade primária para interpretar a constituição; daí que, diante da ambiguidade dos textos constitucionais, a *judicial review* deverá ser exercida apenas em hipóteses de evidente inconstitucionalidade, de *erro manifesto* do legislador; essa postura se justificaria porque o exercício da *judicial review* pode minar os incentivos institucionais do legislador, bem como o próprio exercício do autogoverno popular.

4.2.1.2 O valor fundamental do autogoverno popular

Contemporaneamente, o professor Jeremy Waldron tem construído bem articulada proposta para discutir a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade

³⁰⁴ Como bem observado por Mark Tushnet, *Alternatives Forms of Judicial Review*. **Michigan Law Review** Vol. 101 (7), 2003, p. 2.799, na visão thayeriana “constitucionalidade é uma questão de grau: inconstitucional, mas não muito inconstitucional; um erro, mas não um erro claro”.

³⁰⁵ THAYER, James Bradley. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. **Harvard Law Review** Vol. 7 (3), 1893, p. 144.

³⁰⁶ THAYER, James Bradley. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. **Harvard Law Review** 7 (3), 1893, p. 155-156.

das leis a partir do ideal de autogoverno popular. O autor utiliza-se do mesmo argumento de fundo das abordagens que defendem o papel das cortes como a instituição ideal para proteger os direitos fundamentais, mas o faz para criticar essas abordagens e, assim, alcançar conclusão totalmente diversa: o autor critica a *judicial review* com base nos próprios *direitos* que ela pretende defender. Waldron defende o direito incondicional dos cidadãos de resolverem as divergências sobre direitos e princípios entre eles mesmos ou entre seus representantes, de forma que a autoridade legítima para dizer dos direitos só pode ser aquela cujo procedimento privilegie a autonomia e a responsabilidade de cada pessoa: o processo legislativo.

Com efeito, importantes autores utilizam o argumento dos direitos fundamentais para enfraquecer ou afastar por completo a relevância ou mesmo a validade da objeção democrática ao controle judicial de constitucionalidade das leis. Segundo esses autores, a democracia não pode ser resumida à vontade da maioria, mas envolve amplo catálogo de direitos que constituem condições básicas para o seu próprio exercício; são direitos que asseguram a todos tanto a participação política igualitária nos processos de decisão coletiva (autonomia pública), quanto a liberdade para organizar os próprios projetos de vida (autonomia privada). Quando juízes anulam leis para assegurar essas *condições substantivas da democracia*, não se poderá cogitar de custos para a democracia, mas diametralmente ao contrário, de garantia da democracia. A importância da objeção democrática se vê assim diminuída diante de uma concepção substancial da democracia.³⁰⁷ Jeremy Waldron dirige-se, essencialmente, contra esse tipo de argumento e grupo de autores.

O autor, decididamente, não pensa nas cortes como o fórum adequado para decidir sobre essas questões de direitos e princípios. Ele afirma que a *judicial review* é “inapropriada como um modo de tomada de decisões finais em uma sociedade livre e democrática”.³⁰⁸ Waldron questiona seriamente a afirmação de a posição de defesa dos direitos requerer tanto a institucionalização de uma *Carta de Direitos*³⁰⁹ quanto a outorga às cortes do poder de julgar

³⁰⁷ Cf., por todos, DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

³⁰⁸ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal** Vol. 115 (6), 2006, p. 1.348. Cf. os mesmos termos in Judicial Review and the Conditions of Democracy. **The Journal of Political Philosophy** Vol. 6 (4), 1998, p. 335-355.

³⁰⁹ O autor critica até mesmo a instituição de Cartas de Direitos entrenchados em Constituições. Jeremy Waldron, A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies** Vol. 13 (1), 1993, p. 19-28, na discussão prévia sobre a reforma constitucional no Reino Unido e o propósito de incorporação ao sistema de uma *Bill of Rights*, expressou sua discordância quanto ao que afirmou ser a defesa de uma “dedução necessária da posição de defesa de direitos na filosofia política, de um comprometimento com uma Carta de Direitos”. Waldron afirma que direitos morais não demandam necessariamente sua legalização, muito menos uma superproteção por meio de seu entrenchamento constitucional. Para ele, o entrenchamento dos direitos,

inválida a legislação tida como violadora dos direitos entrenchados por meio dessa mesma Carta. Essas decisões colocariam em sério risco o direito de todos de participação no governo democrático de sua comunidade, debilitando os valores da autonomia e da responsabilidade individual. Segundo o autor, o direito de participação seria profundamente afetado se prevalecessem propostas de “substituir decisões do legislador sobre a concepção e a revisão de direitos básicos pelas decisões dos tribunais”.

Para Waldron, as decisões devem permanecer nas mãos do povo e de suas instituições representativas, ainda que reconhecidamente imperfeitas, e não nas mãos de uma elite intelectual e virtuosa. Ele defende, assim, o direito incondicional de os cidadãos resolverem as divergências sobre direitos e princípios entre eles mesmos ou entre seus representantes sempre sob bases políticas inclusivas. Segundo a sua teoria, a autoridade de dizer dos direitos é do legislador. Dessa forma, a teoria política de Waldron é composta de uma *teoria democrática da autoridade* ligada à teoria da justiça por meio do direito de participação política como manifestação da autonomia e da responsabilidade individual. Definir quem decide ao lado de sobre o que decide. Segundo sustenta, “dada a inevitabilidade de desacordos, uma teoria da justiça e dos direitos precisa ser complementada por uma teoria da autoridade”.³¹⁰ Trata-se de elaborar uma teoria sobre “como decisões fundamentais sobre direitos individuais devem ser tomadas”.³¹¹ Para ele, devem ser pelo procedimento que fortaleça a autonomia do indivíduo.

Waldron reconhece que as pessoas discordam sobre direitos, divergem sobre questões de justiça e cada um acha de boa-fé ser o seu ponto de vista o correto.³¹² Por outro lado, para o autor, essas mesmas pessoas são igualmente apoiadoras da necessidade de uma teoria da autoridade em complemento a uma teoria da justiça, embora, inevitavelmente, venham a discordar sobre o que essa teoria da autoridade requer, sobre “quem tem o poder de tomar decisões ou por quais processos as decisões devem ser tomadas”.³¹³ Contudo, independentemente da escolha feita, essas pessoas devem se comprometer com a

ao excluir questões fundamentais de futuras deliberações, não combinaria bem com a áurea de respeito pela autonomia e responsabilidade do povo que é transmitida pela substância dos próprios direitos entrenchados. No mesmo sentido: WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement. In: ALEXANDER, Larry. **Constitutionalism. Philosophical Foundations**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 272-299.

³¹⁰ WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies** Vol. 13 (1), 1993, p. 32.

³¹¹ WALDRON, Jeremy. Disagreements on Justice and Rights. **New York University Journal of Legislation and Public Policy** Vol. 6 (1), 2002, p. 5.

³¹² WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies** Vol. 13 (1), 1993, p. 28-30.

³¹³ WALDRON, Jeremy. Introduction: Disagreements on Justice and Rights. **New York University Journal of Legislation and Public Policy** Vol. 6 (1), 2002, p. 5.

possibilidade de prevalecerem soluções injustas. Na verdade, este último aspecto seria inevitável, indiferente ao procedimento A ou B, pois inerente a qualquer procedimento que se imponha. O professor quer apontar poderem decisões tirânicas vir tanto do legislador como das cortes e, por essa razão, os resultados das decisões não podem ser critérios seguros de escolha da autoridade legítima para dizer dos direitos.

Como a orientação dirigida a resultados não é conclusiva para definição da autoridade adequada, Waldron defende que a solução das divergências o pensar profundo sobre processos e procedimentos políticos adequados a fornecer o “conjunto de respostas que possam estabilizar e prover um sistema mesmo diante desses desacordos”.³¹⁴ Para o autor, o único critério legítimo para essa definição seria a ideia de o processo adequado ser aquele capaz de levar igualmente a sério as informações de todos os que disputam o acordo de sentidos, produzindo conclusões precedidas de debates governados pelo mútuo respeito dos diferentes pontos de vista de cada participante. Sua proposta é construída sobre a convicção de serem a igual participação política e o autogoverno, em si mesmos, condições do desenvolvimento da personalidade humana.³¹⁵ Para Waldron, o Legislativo seria a única instituição onde essas condições deliberativas são respeitadas, haja vista a marca do autogoverno popular representativo, sendo reservado às cortes papel bastante secundário nos governos democráticos.

Segundo Waldron, participação política sob iguais termos (igual voz nas decisões) e autogoverno são, em si mesmos, direitos fundamentais e, por isso, haveria uma profunda conexão entre um procedimento que privilegie esses direitos e a essência das concepções modernas de direitos. Dignidade e autonomia individual são valores essenciais que as pessoas, como agentes e eleitores, desenvolvem melhor em condições de autogoverno, onde a opinião de cada pessoa “é intitulada não apenas a ser respeitada no sentido de ‘não suprimida’, mas também a *somar* em qualquer tomada de decisão política que ocorra na sociedade em que vive”. Seria uma “concessão à pluralidade humana”.³¹⁶ Ele defende uma conexão entre os direitos fundamentais dos indivíduos e o respeito por suas capacidades morais de participação

³¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 6.

³¹⁵ WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies** Vol. 13 (1), 1993, p. 37: “Participação é de toda valiosa em razão da importância de se agregar diversas perspectivas e experiências quando estão sendo tomadas decisões públicas; e é valiosa também porque a mera experiência de se argumentar em circunstâncias de pluralidade humana nos ajuda a desenvolver opiniões mais interessantes e provavelmente mais válidas do que poderíamos fazer sozinhos”.

³¹⁶ WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies** Vol. 13 (1), 1993, p. 38.

política.³¹⁷ A teoria política de Waldron reconhece, então, no legislador a autoridade para dizer dos direitos e da justiça.

No processo legislativo de Waldron, “formado e elaborado de modo que se dê igual peso às preferências e opiniões de todos”,³¹⁸ serão os titulares dos direitos – aqueles atingidos pelas decisões que põem termo aos desacordos – a formular, pelo debate, deliberação, voto e por mecanismos de representação política, as respostas às divergências sobre direitos e princípios. Em síntese, Jeremy Waldron formula um projeto de (re)dignificação do papel da legislação como meio legítimo de autogoverno e de definição dos direitos fundamentais. Ele reconhece que a legislação não tem sido tomada como uma “fonte respeitável do direito”, e enxerga assim a necessidade de se discutir legislação e legislador, assim como é feito com a *judicial review*. Waldron lança-se ao desafio de formular uma teoria normativa que possa servir como base para criticar ou disciplinar os supostos comportamentos negativos que produziram a má reputação legislativa. A proposta busca resgatar o espaço perdido pelo Poder Legislativo nas últimas décadas frente ao avanço de poder por cortes e juízes.³¹⁹

4.2.1.3 Constitucionalismo popular v. supremacia judicial

Em livro e artigos de grande prestígio, o professor Larry Kramer defendeu a ideia de o povo ser o titular de fato da palavra final sobre os significados constitucionais, e não as cortes. Ele não propôs, ao contrário de seu colega de movimento pelo “constitucionalismo popular”, Mark Tushnet,³²⁰ o fim da *judicial review*, e sim o fim da prática de *supremacia judicial* ou mesmo de *exclusividade judicial*: a condição da Suprema Corte como titular da *palavra final* ou mesmo da *única palavra* sobre os significados da Constituição.³²¹ O alvo de Kramer foi a Suprema Corte norte-americana sob a presidência de William Rehnquist. Ele acusou a Corte Rehnquist de rejeitar a noção de constitucionalismo popular e de se afirmar “o *único* órgão

³¹⁷ WALDRON, Jeremy. Judicial Review and the Conditions of Democracy. **The Journal of Political Philosophy** Vol. 6 (4), 1998, p. 341-342.

³¹⁸ WALDRON, Jeremy. Introduction: Disagreements on Justice and Rights. **New York University Journal of Legislation and Public Policy** Vol. 6 (1), 2002, p. 9.

³¹⁹ Cf. WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999.

³²⁰ Diante das ameaças às conquistas liberais da Era Warren, o professor de Harvard propôs emenda constitucional que retirasse das cortes o poder da *judicial review*, de modo que o direito constitucional saísse das mãos de advogados e juízes e ficasse apenas “nas mãos do *people themselves*”. Cf. TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away From the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 175-182. A emenda: “The provisions of this Constitution shall not be cognizable by any court.”

³²¹ KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004; Idem, We The Court. **Harvard Law Review** Vol. 115 (1), 2001, p. 4-169; Idem, Popular Constitutionalism. **California Law Review** Vol. 92 (4), 2004, p. 959-1011.

com poderes de interpretar a lei fundamental com autoridade”. Para Kramer, os problemas da democracia são mais bem resolvidos pela democracia, e não pela supremacia judicial.

Para o autor, a jurisprudência da Suprema Corte pós-*New Deal*,³²² inclusive da Corte Warren,³²³ harmonizou supremacia judicial e constitucionalismo popular, haja vista ter protegido direitos individuais e das minorias sem deixar de ter atenção ao papel e ao espaço dos poderes políticos. O ativismo judicial da Corte Warren, mesmo sendo considerado o campeão na defesa de direitos fundamentais implícitos, teria “preservado o espaço reservado ao constitucionalismo popular ao tempo do *New Deal*”. Ao contrário, a Corte Rehnquist, principalmente tendo em conta suas decisões em favor do fortalecimento dos estados, se colocou como o “rei do pedaço” – seu ativismo “explicitamente deneg[ou] ao povo *qualquer* papel na determinação do progressivo significado de sua constituição” e, por isso, deve ser julgado como o exemplo mais perverso de *soberania judicial*.³²⁴

Segundo Larry Kramer, constitucionalismo popular significa que o povo norte-americano é o personagem decisivo no processo de interpretação constitucional, o titular de fato da palavra final sobre os conflitos e significados constitucionais. Se as coisas são assim, então não seria válido afirmar que cabe aos juízes da Suprema Corte a última e, muito menos, a única palavra sobre o que significa a Constituição. A afirmação de *soberania judicial* equivaleria à própria negação do constitucionalismo popular, ou seja, do direito historicamente conquistado pelo povo de dizer, diretamente ou por meio dos representantes políticos, sobre a *sua Constituição*. Para o autor, o “casamento” entre constitucionalismo e democracia só seria possível se assentada a supremacia de uma Constituição cujos

³²² Entende-se como Suprema Corte pós-*New Deal* aquela formada, essencialmente, por juízes nomeados por Franklin Delano Roosevelt, no fim dos anos 30 e começo dos anos 40, até culminar na Corte Warren dos anos 50. Esse modelo de Corte tinha como marcas a deferência judicial à atuação regulatória do Estado em assuntos econômicos, e a formulação incipiente de teorias de afirmação de direitos e liberdades fundamentais. Cf. BURNS, James MacGrecor. **Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court**. New York: Penguin Press, 2009, p. 168 et seq.

³²³ A Corte Warren foi o grande momento jurisprudencial norte-americano dos direitos e liberdades civis do século XX. Mais do que a própria Corte pós-*New Deal*, ela constitucionalizou o projeto político do *New Deal*. Para tanto, a Corte negou que a Constituição tivesse uma natureza estática e a enxergou como “documento vivo” (*living document*), cujos significados deveriam ser sensíveis às mudanças sociais. Orientada pela ideia de igual dignidade do homem e sob a perspectiva democrático-inclusiva, a Corte Warren interpretou criativamente os princípios constitucionais, expandindo seus sentidos e afirmando direitos implícitos ou apenas vagamente definidos para promover a igualdade formal, notadamente na questão racial, a nacionalização das liberdades civis e a equidade do processo democrático, superando o *status* da Suprema Corte “como reduto do conservadorismo antidemocrático e anti-igualitário”.³²³ A dimensão de interpretação criativa da Constituição para afirmação de direitos fundamentais opostos ao Estado fez da Corte Warren única no sistema político norte-americano e para o debate moderno sobre o ativismo judicial. Cf. POWE JR, Lucas A. **The Warren Court and American Politics**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

³²⁴ KRAMER, Larry. We The Court. **Harvard Law Review** Vol. 115 (1), 2001, p. 128-130.

significados sejam historicamente construídos pelos próprios membros da sociedade, ao mesmo tempo, destinatários e titulares dos significados constitucionais,

Kramer fez uma abordagem histórica da formação dos Estados Unidos e da *judicial review*, dos acontecimentos sociais e políticos em torno das mais fundamentais questões julgadas pela Suprema Corte e concluiu, sob a perspectiva descritiva e normativa, não se justificar a afirmativa da Suprema Corte como titular da palavra final sobre as questões constitucionais. A geração fundadora dos Estados Unidos teria abraçado “uma ideologia política que celebrava o papel central do povo no governo norte-americano. *The people* não seria uma abstração vazia ou justificação filosófica mítica do governo, mas algo real, capaz de se revoltar e lutar, debater e adotar uma constituição. E mais: a Constituição, como *lei popular* e não como lei comum ou ordinária, não apenas foi, mas “permaneceu, fundamentalmente, um ato de vontade popular”. Significa dizer: a Constituição não foi apenas feita pelo povo, mas o “*people themselves*” permaneceu responsável pela sua interpretação e implementação.³²⁵

Segundo Kramer, até a fundação do Estado norte-americano, a *judicial review* não era rejeitada ou admitida, mas, simplesmente, sequer era imaginada.³²⁶ E mesmo após a Revolução e antes da *Constitutional Convention*, “o status da *judicial review*” era, “no melhor das hipóteses, incerto”.³²⁷ Com a Revolução, a preocupação maior foi com os princípios da soberania popular e do constitucionalismo popular. A soberania popular emergiu como princípio nuclear do constitucionalismo norte-americano, tendo adquirido uma concretude e importância toda nova e diferente. As batalhas contra as arbitrariedades do Império Britânico foram exemplos de como *the people* lutava por seus direitos fundamentais. Esses direitos não eram protegidos por juízes, mas pelo povo, *eles mesmos*. O povo teria um controle ativo sobre a interpretação e execução dos valores fundamentais, um papel de autoridade final sobre os conflitos constitucionais. Esta seria a estrutura básica e fundacional do constitucionalismo popular.

Durante a Convenção Constitucional, configurada a origem da *judicial review*, Kramer afirma ter prevalecido a ideia da mais absoluta retração de poder judicial em favor dos outros

³²⁵ KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Op. cit., p. 6-7.

³²⁶ Larry Kramer, *We The Court*. **Harvard Law Review** Vol. 115 (1), 2001, p. 25, apoiado em Blackstone e Holdsworth, afirma que Sir Edward Coke, no *Dr. Bonham's case*, “estava apenas propondo uma regra de interpretação das leis, de acordo com a qual, uma lei que contradissesse princípios legais estabelecidos seria estreitamente construída se ausente uma clara declaração em contrário”. De acordo com Kramer, a falta de uma noção moderna à época sobre separação de poderes sequer permitiria uma construção da espécie do poder judicial.

³²⁷ Idem, *ibidem*, p. 59.

atores políticos.³²⁸ Segundo relata, ao tempo das discussões em torno da promulgação da Constituição norte-americana e da questão fundamental sobre *quem* tem autoridade para interpretar e definir os sentidos do texto constitucional, não havia dúvidas, mesmo entre os que discordavam sobre todas as outras questões fundamentais, que a *judicial review*, reservada ao Poder Judiciário, apenas poderia ser exercida com a mais absoluta restrição judicial (*judicial restraint*). Isso significava, para os *Founding Fathers*, que os juízes deveriam agir com modéstia quando julgavam os atos dos outros poderes, devendo evitar, a todo custo, interferir em suas decisões. Claro que, em meio a tantas discussões, não havia consenso entre as “facções constituintes” sobre quais eram os fundamentos nem a exata medida de modéstia.

Para os Republicanos, a “autorrestrição judicial era um recurso para preservar a autoridade primária e superior do ‘the People’” como intérprete da Constituição. Como o povo (*the People*), na Constituição, havia delegado ao Legislativo a autoridade de fazer as leis, a suspeita de inconstitucionalidade seria assunto para ser resolvido diretamente entre a comunidade e os representantes eleitos, salvo se ela fosse muito manifesta, além de qualquer disputa razoável. Para os Republicanos, definitivamente, fora casos muito excepcionais, “as cortes deveriam deixar a decisão para aqueles que tinham a responsabilidade primária para decidir: ‘the People themselves’”.³²⁹ Neste sentido, eles acreditavam na autorrestrição judicial como um exercício de deferência aos outros poderes em homenagem ao autogoverno popular (a visão *Jeffersoniana* da autoridade judicial perante uma sociedade democrática).

De outro modo, conquanto igualmente defendessem a autorrestrição judicial, os Federalistas não a fundamentavam no dever de deferência à autoridade do *the People* em interpretar a Constituição por meio de representantes eleitos. Para eles, a autoridade interpretativa final da Constituição era das cortes. No entanto, como os Republicanos, acreditavam que os juízes apenas poderiam deixar de aplicar uma lei na hipótese em que a inconstitucionalidade fosse muito clara. Em caso de dúvida quanto à inconstitucionalidade da lei, eles afirmavam que a norma deveria ser mantida. Porém, neste caso, os Federalistas não invocavam razões democráticas, mas defendiam a autorrestrição judicial como “uma questão de prudência e de conveniência política: algo necessário para assegurar e preservar a

³²⁸ KRAMER, Larry D. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. **California Law Review** Vol. 100 (3), 2012, p. 622.

³²⁹ Idem, *ibidem*, p. 625.

autoridade *judicial* (em vez de popular), através da minimização dos riscos do excesso [judicial]”.³³⁰

Veja-se que ambas as concepções originais apontam para o dever de respeito dos juízes e cortes em favor das decisões dos outros poderes, cuja inconstitucionalidade apenas poderia ser declarada se fosse manifestamente fundada. Por deferência, observando os valores políticos do “constitucionalismo popular”, as cortes devem cumprir o papel de guardião da constituição com modéstia em favor do autogoverno popular. Por prudência, observando valores de estabilidade institucional, as cortes deveriam respeitar as decisões dos outros poderes, evitando agir de forma agressiva a ponto de produzir reações políticas adversas (*political backlash*) e, com isso, protegem a capacidade de cumprir seu papel institucional. Em ambos os casos, o comportamento esperado das cortes é o de rejeitar posturas de supremacia judicial. O poder judicial deveria sempre ser exercido, pela Suprema Corte, com modéstia.

Segundo Kramer, na década seguinte à Constituição, foi mantida a ideia de a *judicial review* como poder a ser “exercido cautelosamente, onde a inconstitucionalidade de uma lei fosse clara, acima de [qualquer] dúvida”. Todavia, passou a ser entendida também como ato político-legal em favor do povo, “uma responsabilidade exigida pela (...) posição [dos juízes] como agentes fiéis do povo”.³³¹ Daí a importância de se compreender que a aceitação dessa prática pela Suprema Corte nunca significou uma declaração de superioridade judicial em fazer valer a Constituição, e sim que a Corte *também* estava autorizada a realizar e a defender a Constituição, *assim como* os outros poderes, e todos em nome do povo. Seria a afirmação do Judiciário como poder coordenado, a recusa a ser tratado como poder subordinado,³³² e essa teria sido, para Kramer, a ideia desenvolvida em *Marbury v. Madison*.³³³

Em *Marbury*, pensa Kramer, Marshall não afirmou a *supremacia judicial*, mas que os juízes possuíam *igual espaço* no esquema de concretizar a Constituição em relação aos demais poderes. *Marbury* não teria dito serem os juízes únicos intérpretes da Constituição, e sim que *também* são intérpretes da Constituição.³³⁴ *Marbury* teria sido construída sobre

³³⁰ Idem, ibidem, p. 626.

³³¹ KRAMER, Larry. We The Court. **Harvard Law Review** Vol. 115 (1), 2001, p. 79.

³³² Idem, ibidem, p. 83.

³³³ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Em 1803, a Suprema Corte, sob a liderança do *Chief Justice* John Marshall, julgou o caso *Marbury v. Madison* e, pela primeira vez, realizou aquilo que marcaria para sempre o seu lugar no sistema político estadunidense e na história do constitucionalismo mundial: ela julgou inconstitucional uma lei federal e declarou sua nulidade. A *lógica de Marshall* é conhecida: a Constituição é a lei suprema, imodificável por meios ordinários, e pensamento contrário “subverteria o próprio fundamento de todas as constituições escritas”; ato legislativo contrário à Constituição então não é lei, é ato nulo, e cabe à Corte declarar a nulidade.

³³⁴ Quando se refere à célebre frase de Marshall de que “é, enfaticamente, a província e dever do departamento judicial dizer o que o direito é”, Larry Kramer, We The Court. **Harvard Law Review** Vol. 115 (1), 2001, p. 89,

princípios largamente aceitos e, por isso, “foi completamente consistente com as premissas do constitucionalismo popular”. Todavia, é fato incontestável terem, desde *Marbury*, as decisões judiciais sobre questões constitucionais crescido significativamente, tonando-se a *judicial review* uma prática estabelecida. A partir, principalmente, da segunda metade do século XIX, ocorreu a ascensão da supremacia judicial, transformando a constituição em direito comum em razão de a sua interpretação ter virado tarefa exclusiva dos juízes. Esta circunstância teria feito da supremacia judicial, lamenta Kramer, uma prática respeitosa.

É contra essa prática que o constitucionalismo popular se levanta: ele tem a pretensão de harmonizar a vontade popular expressa por meio de órgãos de representação política, em especial o legislador, com a prática da *judicial review*. A principal contribuição de Kramer está em enxergar a importância de disputas constitucionais serem resolvidas e de a Suprema Corte, por razões pragmáticas, poder ser o melhor órgão, em algumas hipóteses, para ditar as soluções necessárias. A Corte deve reconhecer, contudo, existirem matérias a serem deixadas para a política. Deve saber quando não exercer poder, quando abrir mão de exercer poder, e essa é a acomodação institucional buscada por Larry Kramer. Para o autor, definitivamente, há um mundo de diferença entre ter autoridade e ter a *única* palavra sobre a Constituição. A autoridade judicial não pode implicar a negação da autoridade do povo e dos poderes políticos como intérpretes legítimos da Constituição. O contrário disso é intolerável: é a supremacia judicial.

4.2.2 As objeções de ordem institucional

A formulação mais sofisticada de objeção institucional ao controle de constitucionalidade das leis pode ser encontrada nos estudos e textos de autoria de Adrian Vermeule, autor preocupado com o tema das capacidades institucionais.³³⁵ Partindo das premissas de a escolha do intérprete adequado da Constituição ser um exercício de opção institucional de sérias consequências e de o comprometimento com a democracia ser elemento muito abstrato para justificar esta escolha,³³⁶ o professor Vermeule vem defendendo a alternativa de uma justificativa institucional, de orientação predominantemente empírica, em favor da autorrestrrição judicial: a *judicial review* e o processo de interpretação constitucional

propõe uma leitura contextual da frase: “cortes também podem dizer o que a Constituição significa”, e não que “é o trabalho das Cortes, mais do que outros, dizer o que a Constituição significa”.

³³⁵ Cf. SUSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Public Law and Legal Theory Working Paper** n° 28, University of Chicago Law School, 2002.

³³⁶ VERMEULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice. **William and Mary Law Review** Vol. 43 (4), 2002, p. 1.557-1.558.

devem ser avaliados à luz das capacidades institucionais do intérprete e dos efeitos sistêmicos das decisões. Como juízes são falíveis e não compreendem os riscos dos efeitos sistêmicos indesejados de seus erros, interpretações e decisões ambiciosas devem ser evitadas.

Vermeule desenvolveu sua proposta adicionando ao minimalismo substantivo de James Bradley Thayer uma perspectiva institucional:³³⁷ “a função judicial básica em casos constitucionais é aplicar textos constitucionais claros e específicos”, além dessa hipótese, “juízes devem evitar ataques ambiciosos”, eles devem ser deferentes aos legisladores “na interpretação de textos constitucionais que são ambíguos, que possam ser lidos em diferentes níveis de generalidade, ou que expressem normas aspiracionais cujo conteúdo muda com o tempo à medida que mudam os valores da sociedade”. Todavia, enquanto Thayer propunha essa regra tendo em conta a posição democrática superior do Legislativo no tráfego político-constitucional, Vermeule a defende em função da melhor capacidade institucional do Legislativo em comparação às cortes.

O autor estadunidense propõe ocorrer a alocação de tarefas interpretativas entre diferentes instituições não em função do melhor ou pior pedigree democrático do órgão A ou B, mas em função das distintas capacidades institucionais. Para ele, cortes sofrem com “constrições de tempo, falta de informação e de expertise em identificar os profundos comprometimentos da Constituição que devem ser interpretados para se ajustarem às circunstâncias modernas”.³³⁸ Legisladores, por outro lado, têm mais acesso às transformações da sociedade e, por isso, estão em melhor posição para avançar o entendimento de normas constitucionais de acordo com as circunstâncias sociais em mutação. Os legisladores estariam melhor situados, do ponto de vista institucional, para interpretar anseios e mudanças de opinião dos membros da sociedade, sendo, por esse motivo, mais legitimados para dizer sobre os significados da Constituição.

A preocupação de Vermeule é, notadamente, com a escolha interpretativa que juízes e cortes fazem em *condições de incerteza*: enunciados normativos ambíguos, variáveis empíricas incertas e baixo acesso informacional. Nessas condições de incerteza, segundo Vermeule, as cortes devem adotar postura judicial modesta e sem ambição, e isso porque o legislador é a instituição mais capacitada para atualizar a Constituição. Em função de baixa

³³⁷ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation.** Op. cit., p. 230-232: “Eu argumentarei, sob fundamentos institucionais, uma versão Thayeriana de *judicial review*.” Vermeule inclui sua abordagem dentro de uma linha de pensamento constitucional que ele batizou de *neo-Thayerian*.

³³⁸ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation.** Op. cit., p. 248-251. Donald. L. Horowitz, **The Courts and Social Policy.** Washington: The Brookings Institution, 1977, p. 255, fala em “problemas de visão, problemas de informação, problemas de administração e controle” como motivos da falta de capacidade institucional de juízes e cortes em matéria de políticas sociais.

capacidade institucional e curta visão dos efeitos sistêmicos de suas decisões, as cortes devem agir com deferência aos legisladores nas hipóteses de lacunas ou ambiguidades da Constituição, o que compreende a maioria das declarações vagas e aspiracionais da *Bill of Rights*, como a *equal protection* e a *due process of law*. As cortes devem reservar atuação mais assertiva apenas para as hipóteses de aplicação das normas constitucionais claras e específicas.³³⁹

A abordagem empírica de Vermeule³⁴⁰ impõe limitações substantivas ao exercício da *judicial review* e deferência ao Poder Legislativo por motivos de fundo institucional (capacidade cognitiva). No mais, em se preocupar com os efeitos sistêmicos dos erros judiciais, ela também apresenta aspecto importante de prudência política. Sem dúvida, essas características tornam a proposta de Vermeule bastante adequada para questionar a interferência judicial sobre a formulação e implementação de políticas públicas. A questão é o quanto de capacidade institucional possui o Poder Judiciário para avaliar a realidade da ação estatal e os elementos fáticos, econômicos e sociais como um todo, o que parece ainda mais dramático se considerarmos a atitude de declaração do estado de coisas inconstitucional e a formulação de remédios estruturais.

Com efeito, a consideração acerca das capacidades institucionais requer reflexão sobre quem pode tomar medidas detalhadas sobre questões de conteúdo político, social e econômico, envolvidas análises sistêmicas e resultados abrangentes, próprias de problemas de deficiência do legislador e da administração em matéria de políticas públicas. Os critérios para a tomada dessas decisões não são e não podem ser de ordem puramente jurídica, e isso porque variáveis fáticas e cálculos econômicos possuem implicações para a eficiência dos resultados a serem obtidos. Fora os critérios jurídicos, os demais elementos estão ao alcance dos juízes? A abordagem institucional diz que não e, por esse motivo, juízes e cortes não devem “fazer” políticas públicas. Por outro lado, considerando o próprio fundamento empírico dessa abordagem, fica também a dúvida se essa resposta pode ser dada sempre em abstrato, isso porque, na prática, Legislativo e Executivo também costumam dar vexame em matéria de políticas públicas.

³³⁹ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation.** Op. cit., p. 233.

³⁴⁰ Não se pode ignorar que Adrian Vermeule deixou claro que suas “prescrições são empiricamente contingentes” como corolário da própria natureza empírica da abordagem institucional sobre interpretação. Ele diz que suas propostas podem não ser as mais adequadas em contextos institucionais diferentes. Cf. VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation.** Op. cit., p. 284.

4.2.3 Os limites às objeções

Em resumo, as objeções até aqui desenvolvidas apontam para as seguintes premissas: em um regime democrático, o legislador é o fórum adequado para responder aos anseios e necessidades dos membros da sociedade; isso deve ser assim como forma de prestigiar o autogoverno popular, a participação dos indivíduos nas decisões políticas; as cortes não podem ser titulares da única palavra sobre os significados da Constituição, sendo ilegítima qualquer manifestação de supremacia judicial; o Executivo e o Legislativo são mais legitimados para versar sobre políticas públicas ante a menor capacidade institucional de juízes e cortes sobre a matéria. As premissas são verdadeiras, mas, com exceção ao repúdio à supremacia judicial, possuem limites de aplicabilidade. Significa dizer: embora teoricamente sustentáveis, podem ceder em casos concretos ante as circunstâncias e limitações fáticas presentes.

Como dizer da superioridade democrática e institucional de legisladores e de governantes frente a juízes e cortes em casos de mais absoluta inércia estatal, de falhas estruturais persistentes? Como dizer da maior participação política dos indivíduos nas decisões fundamentais por meio dos legisladores se presente déficit de representatividade, se em movimento um processo político-eleitoral marcado pelo poder do dinheiro e pela corrupção? Como admitir a superioridade democrática e institucional de legisladores e de governantes ante um contexto de violação massiva de direitos fundamentais assistida passivamente pelos agentes políticos responsáveis? Por certo que tais questionamentos sugerem evitarem-se respostas apriorísticas absolutas. Mesmo admitindo serem válidas em abstrato essas premissas, o exame dos limites de intervenção judicial legítima dependerá das peculiaridades dos casos julgados. E na hipótese de constado o estado de coisas inconstitucional, estarão presentes pressupostos de todo autorizadores de um papel judicial mais ativo.

Sem embargo, com exceção da abordagem de Waldron, que reduz o papel de juízes e cortes a quase nada, as demais propostas não visam eliminar por completo a ação judicial, e sim um comportamento de restrição judicial, de deferência aos outros poderes. Em suma, as propostas visam atacar o ativismo judicial. Como será desenvolvido nos tópicos que seguem, a atuação judicial seguida à declaração do estado de coisas inconstitucional enquadra-se em uma dimensão estrutural do ativismo judicial, que não pode ser acusada de aprioristicamente ilegítima. Dizer da legitimidade dessa atuação dependerá de estarem em jogo os pressupostos próprios do estado de coisas inconstitucional – a violação massiva de direitos fundamentais

decorrente e agravada por falhas estatais estruturais –, bem como de medidas que evitem a supremacia judicial. Na sequência, abordo o conceito e as dimensões do ativismo judicial com o objetivo de fixar premissas para apresentar o ativismo judicial estrutural.

4.3 **Ativismo judicial: conceito e dimensões**³⁴¹

Uma verdade não pode ser escondida ou mesmo negada: a atuação judicial envolvida na declaração e superação do estado de coisas inconstitucional é exemplo destacado de ativismo judicial. Como defendo neste tópico, ante a complexidade que envolve a figura do ativismo judicial, isso não significa que seja ilegítima. Não é algo que se possa afirmar aprioristicamente. O ativismo judicial é multifacetado, possui diferentes dimensões, bem como responde a diferentes incentivos e fatores, de modo que a análise de sua legitimidade deve ser contextual. Com efeito, no contexto de um estado de coisas inconstitucional, não faltam fatores ou incentivos para o comportamento ativista. A legitimidade dependerá, portanto, não do ativismo judicial puro e simples, e sim da medida de ativismo em face dos outros poderes. Essa análise deve ser precedida da definição e caracterização do ativismo judicial.

4.3.1 O problema da indefinição conceitual

Em todas as realidades políticas em que se faz presente, em medida mais ou menos intensa, o ativismo judicial, há o *problema da indefinição conceitual*, sempre agravado pelo uso indiscriminado e, muitas vezes, pejorativo do termo. Dentro de amplo universo de debate, a opinião sobre a virtude normativa do ativismo judicial não é homogênea. Na verdade, o ativismo judicial é mais criticado do que elogiado. Para a maioria dos que se debruçam sobre o tema, os juízes ativistas são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, de modo que o termo acaba servindo como “substituto para excesso judicial”.³⁴² Para outros, porém, os juízes e as cortes devem agir de modo mais assertivo em nome dos direitos

³⁴¹ Os conceitos e fundamentos apresentados neste tópico foram, originariamente, desenvolvidos na dissertação de mestrado defendida por mim, em 2012, no programa de pós-graduação da UERJ, sob o título “Dimensões do Ativismo Judicial do STF”. O trabalho foi publicado em livro pela Editora Forense, em 2013, com o mesmo nome.

³⁴² WHEELER, Fiona; WILLIAMS, John. ‘Restrained Activism’ in the High Court of Australia. In: DICKSON, Brice (ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 19.

da liberdade e igualdade e diante da inércia ou do abuso de poder por parte de outros atores políticos e instituições.

O discurso é variável, predominando o “carregado de uma conotação muito negativa”.³⁴³ Cass Sunstein diz que é mais frequente o uso normativo do ativismo judicial como “insulto”.³⁴⁴ Decisão ativista seria, na opinião majoritária, sinônimo de decisão arbitrária; juízes ativistas, os “caras maus”. Exemplo destacado deste uso depreciativo e irremediavelmente inútil do termo é aquele que faz do ativismo judicial um código para afirmar a mera discordância dos resultados dos julgamentos. Este tom crítico, puramente pejorativo, tem se mostrado forte obstáculo à definição coerente do termo e levado muitos autores a propor a substituição ou mesmo o abandono. Como disse Kermit Roosevelt III, “na prática, ‘ativista’ revela ser pouco mais do que uma forma abreviada, carregada de retórica, para decisões com as quais o crítico discorda” e, por isso, ele sugeriu a substituição do termo por “legitimidade”.³⁴⁵

Frank Easterbrook afirma que esse tipo de uso do termo o torna apenas “uma máscara para uma posição substantiva”, o que acaba por equipará-lo a “decisões erradas” e, assim, ele mesmo se disse feliz em pedir “a abolição da expressão”.³⁴⁶ Ernest Young lamenta o uso pejorativo que, para ele, torna o “ativismo judicial” um “termo facilmente manipulável”,³⁴⁷ na verdade, vazio de conteúdo. Muito do debate entre conservadores e liberais norte-americanos em torno das decisões da Suprema Corte, em que ambos os lados da disputa se acusam de favorecer o ativismo judicial, é exemplo claro deste uso deficiente, haja vista envolver somente as discordâncias ideológicas, inclusive partidárias, sobre as decisões; discordâncias sobre os resultados substantivos das decisões, e não propriamente sobre o papel institucional da Corte. Regimes políticos bastante polarizados, como o norte-americano, tendem a tais rótulos.

Conquanto muitas das críticas ao ativismo judicial mereçam ser levadas a sério, a maior parte é elaborada sem definição prévia do termo. Como advertiu William Wayne Justice, “todo esse ataque verbal na maior parte das vezes se faz na ausência de uma

³⁴³ LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review* Vol. 91 (6), 2007, p. 1.752.

³⁴⁴ SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes*. New York: Basic Books, 2005, p. 42.

³⁴⁵ ROOSEVELT III, Kermit. *The Myth of Judicial Activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven: Yale University Press, p. 3 et seq.

³⁴⁶ EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism? *Colorado Law Review* Vol. 73 (4), 2002, p. 1.403.

³⁴⁷ YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. *Colorado Law Review* Vol. 73 (4), 2002, p. 1.141.

identificação adequada do próprio alvo”.³⁴⁸ O ativismo judicial é criticado, mas raramente são fixados critérios adequados para a identificação e avaliação. Não há realmente consenso sobre o que é ativismo judicial e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial quantos autores sobre o tema. Diante desta falta de rigor na definição, parece até que “quanto mais o termo se torna comum, mais obscuro fica seu significado”.³⁴⁹ Por outro lado, o ativismo judicial tem reais e importantes implicações políticas e sociais, de modo que precisa ser conhecido abstratamente e identificado concretamente. O fim da indeterminação conceitual representa então uma necessidade teórica e prática.

4.3.2 Características do ativismo judicial

O exame de diferentes momentos e posturas de expansão do poder judicial revela terem esses comportamentos características próprias que os diferem do dia a dia da atuação judicial. Essas características podem servir para produzir diretrizes e premissas úteis para a definição do que seja o ativismo judicial, indispensável para a tarefa de identificar e avaliar as decisões ativistas de quaisquer juízes e cortes.

4.3.2.1 O núcleo comportamental do ativismo judicial

A primeira e fundamental lição diz com a verificação do que Ernest Young chamou de “linha comum”³⁵⁰ de comportamento que caracteriza as diferentes decisões ativistas: o aumento da relevância da posição político-institucional de juízes e cortes sobre os outros atores e instituições relevantes de uma dada ordem constitucional. Comum a todos os exemplos de cortes ativistas retratadas anteriormente e às suas diversas formas de manifestação de ativismo judicial, está sempre o exercício expansivo e vigoroso, estratégico ou não, de autoridade político-normativa no controle dos atos e das omissões dos demais poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando as decisões, ou atuando em espaços tradicionalmente ocupados por aqueles. O núcleo comportamental do ativismo judicial é a

³⁴⁸ JUSTICE, William Wayne. The two faces of judicial activism. In: O'BRIEN, David M. (Ed.) **Judges on Judging. Views from the Bench**. 8ª ed. New York: W.W. Norton & Company, 2008, p. 259.

³⁴⁹ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review** Vol. 92 (5), 2004, p. 1.443.

³⁵⁰ YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **Colorado Law Review** 73 (4), 2002, p. 1.161.

expansão de poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida. Essa expansão de poder se faz inequivocamente marcante na declaração do estado de coisas inconstitucional.

4.3.2.2 O *espaço nobre* do ativismo judicial: questões políticas e morais complexas

O debate sobre o ativismo judicial é desenvolvido e tem muito mais relevância nos casos em que há elevada temperatura moral ou política das questões em jogo, ou alta indeterminação semântica e elevada carga axiológica das normas constitucionais envolvidas. O *espaço nobre* do ativismo judicial é o dos *hard cases*.³⁵¹ Este espaço especial do ativismo judicial é o das importantes questões constitucionais, aquelas que interferem marcadamente nos processos político-democráticos, que se ocupam de tormentosos conflitos de valores morais e políticos, alguns mesmo divisores de águas que, de tão relevantes, “determinam a natureza de uma sociedade e a qualidade de uma civilização”.³⁵² Esses são os conflitos, principalmente envolvendo direitos fundamentais e limites de autoridade do governo, que mobilizam os poderes políticos e a sociedade em torno da solução a ser dada pela corte. Na declaração do estado de coisas inconstitucional, o ativismo judicial dirige-se à proteção de um conjunto desses direitos fundamentais.

4.3.2.3 Ativismo judicial e judicialização da política: as Cortes como atores políticos

Com a expansão de poder sobre os demais atores relevantes e no âmbito de solução das grandes questões morais e políticas, as cortes tornam-se, inevitavelmente, personagens centrais dos sistemas de governo e suas decisões interferem sobre os mais importantes processos políticos desses sistemas. Daí não haver como enxergá-las, de outra forma, senão como autênticos *atores políticos*, claro que, com singularidades e fundamentos diversos em relação ao Legislativo e ao Executivo. As cortes ativistas, diante da relevância e dos efeitos de suas decisões, não fazem apenas parte do sistema político de determinado país, mas são hoje

³⁵¹ É nesse sentido que Ronald Dworkin, **Taking Rights Seriously**, Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 137, ao “comparar e contrastar” ativismo judicial e autorrestrrição judicial, fala em “duas filosofias muito comuns de como as cortes deveriam decidir questões constitucionais difíceis ou controvertidas.”

³⁵² GRAGLIA, Lino A. It’s not Constitutionalism, It’s Judicial Activism. **Harvard Journal of Law & Public Policy** Vol. 19 (2), 1995, p. 294.

verdadeiros centros de poder que participam, direta ou indiretamente, da formação da vontade política predominante.

A perspectiva das cortes como atores políticos remete ao tema contemporâneo da *judicialização da política* e de como o ativismo judicial se desenvolve em meio a esse fenômeno. Nas democracias contemporâneas, verifica-se a progressiva transferência, por parte dos próprios poderes políticos e da sociedade, do momento decisório fundamental sobre grandes questões políticas e sociais – *o espaço nobre do ativismo judicial* – para a arena judicial em vez de essas decisões serem tomadas nas arenas políticas tradicionais – Executivo e Legislativo. Essa transferência de poder decisório corresponde a uma das facetas da judicialização da política; a outra refere-se à extensão dos argumentos e métodos de decisão judicial aos outros centros políticos de decisão.³⁵³

Contudo, importante corte explicativo se faz necessário. A afirmação do papel político das cortes não significa que elas sejam órgãos puramente políticos, que decidem livremente conforme vontades ocasionais, sem vínculo aos textos legais e a outras determinantes judiciais, como os precedentes. Isto é inadmissível e importaria negar valores caros do Estado de direito.³⁵⁴ É tão improdutivo conceber as cortes constitucionais como órgãos puramente judiciais quanto obscuro compreendê-las como órgãos simplesmente políticos, indistinguíveis dos corpos legislativos e administrativos. Na realidade, o que se quer dizer é que as cortes constitucionais contemporâneas atuam, ao menos, deveriam atuar, em “equilíbrio apropriado” entre função judicial e função política.³⁵⁵ Na declaração do estado de coisas inconstitucional, esse equilíbrio é um desafio, apenas alcançável se o ativismo judicial não converter-se em supremacia judicial.

4.3.2.4 Postura institucional e correção das decisões judiciais

Quando se afirma ser o núcleo comportamental do ativismo judicial a expansão por juízes e cortes de poder político-normativo sobre as outras arenas decisórias relevantes e que as cortes acabam, dessa forma, se comportando como autênticos atores políticos, está-se, na verdade, dizendo que as relações institucionais compõem o centro do debate e não o acerto ou o erro de mérito constitucional ou moral das decisões judiciais. O ativismo judicial, como

³⁵³ Cf. VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. In: TATE, C. Neal; _____. (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995, p. 13; SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges**. New York; Oxford University Press, 2000, p. 194.

³⁵⁴ FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review** Vol. 84 (2), 2005, p. 269.

³⁵⁵ McCLOSKEY, Robert McCloskey. **The American Supreme Court**. 5ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, p. 12-13.

destaca Wojciech Sadurski, “é necessariamente uma noção relacional”,³⁵⁶ de modo que as relações entre as instituições puramente políticas e as cortes constituem sua essência.

Tal noção foi muito bem compreendida por Ernest A. Young. Segundo o autor, deve-se reconhecer a absoluta independência do significado do termo em relação à correção ou não de decisões particulares: “correção de mérito e assertividade institucional [são] questões separadas”, e a noção de ativismo judicial deve envolver apenas a questão da “alocação da autoridade de tomada de decisões dentro de um sistema judicial e entre esse sistema e outros participantes do governo”.³⁵⁷ Portanto, discutir o ativismo ou a autorrestrrição judicial não é discutir se determinada decisão é correta ou não, pois isso é contingente, e sim o quanto de autoridade constitucional e epistêmica a corte tinha para tomar essa decisão. A dimensão dessa autoridade é colocada em xeque na declaração do estado de coisas inconstitucional, haja vista o conjunto de medidas intrusivas tomadas pelas cortes.

4.3.2.5 Ativismo judicial e legitimidade

Este ponto é fundamental para a presente tese: o ativismo judicial não pode ser tido como aprioristicamente ilegítimo. Além de nada dizer sobre a correção das decisões no mérito, o ativismo judicial nada diz sobre a legitimidade ou ilegitimidade *a priori* das decisões judiciais. A conclusão de que uma decisão judicial é ativista não significa adiantar o resultado da avaliação de sua ilegitimidade. Ativismo judicial não é sinônimo de ilegitimidade, e essa correlação simplesmente não pode ser feita de modo apriorístico e em nível puramente conceitual. Pensar de modo diverso daria razão àqueles que afirmam a absoluta inutilidade do termo: bastaria então substituí-lo por ilegitimidade.

A doutrina, em relacionar ativismo judicial e legitimidade, costuma fazê-lo em três níveis distintos: (i) absolutamente separados; (ii) absolutamente coincidentes; (iii) contingentes. Como a utilização mais comum do termo ativismo é em sentido pejorativo, tem-se a concepção mais difundida como a que equipara ativismo judicial com ilegitimidade. Muitos chamam de ilegítimas as decisões ativistas porque elas seriam usurpadoras dos poderes políticos dos órgãos legitimados pelo sufrágio popular, ou fundadas exclusivamente nas preferências políticas ou morais do próprio julgador, dentre outros motivos. Prevalecendo

³⁵⁶ SADURSKI, Wojciech. **Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe**. Dordrecht: Springer, 2008, p. 87.

³⁵⁷ YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **Colorado Law Review** Vol. 73 (4), 2002, p. 1.162/1.164.

a noção negativa, a ilegitimidade seria uma enfermidade congênita das decisões judiciais ativistas, e o ativismo judicial seria espécie do gênero arbítrio judicial.

Paradigma deste pensamento é Robert Bork. De acordo com o autor norte-americano, juízes ativistas decidem casos com fundamentos sem qualquer conexão plausível com a lei que pretendem aplicar. Eles expandem ou mesmo contradizem o significado da lei. Os juízes ativistas “chegam a resultados anunciando princípios que nunca foram contemplados por aqueles que escreveram e votaram a lei,”³⁵⁸ e realizam agendas políticas por meio da liberdade que possuem de refletir a “melhor” opinião sobre como impor a Constituição.³⁵⁹ Agindo assim, cortes ativistas, progressivamente, eliminam o direito fundamental, reconhecido nos regimes democráticos, de o povo se autogovernar,³⁶⁰ sendo o ativismo judicial *sempre* exercício ilegítimo do poder judicial.

Em sentido diametralmente contrário, existem os que sustentam ser a “decisão judicial ativista” espécie do gênero “decisão judicial legítima”. O ativismo judicial seria sempre exercido dentro da zona racional de criação judicial do direito, estando inserido nos limites da legitimidade judicial. Exemplo destacado desta posição é Aharon Barak – ele mesmo, um juiz modelo no exercício do ativismo judicial. Segundo Barak, “ativismo e autorrestrição operam dentro dos limites da legitimidade judicial”, de modo que “a distinção entre [eles] é uma distinção de grau, não de gênero.”³⁶¹

A definição de Barack para ativismo aplica-se, portanto, apenas às decisões judiciais legítimas. Decisão pautada, exclusivamente, em preferências pessoais do julgador não pode ser considerada ativista, eis que tal conduta extrapola as fronteiras da licitude. Não haveria, assim, conexão entre ativismo judicial e julgar segundo o ponto de vista pessoal do juiz, tal como não há conexão entre ativismo judicial e “decidir na moeda”. Definitivamente, para Barack, existe coincidência necessária entre ativismo judicial e legitimidade, sendo tudo apenas uma questão de graus de ativismo judicial e de autorrestrição judicial.

Rejeito, particularmente, ambas as posições para defender a relação de contingência entre ativismo e legitimidade. Não há, segundo a perspectiva conceitual deste trabalho, como afirmar aprioristicamente que uma decisão judicial ativista é legítima ou ilegítima, pois isso dependerá, em cada caso concreto, da conformidade do exercício do poder judicial com os limites institucionais mais ou menos claros impostos pela respectiva constituição de regência

³⁵⁸ BORK, Robert. **Coercing Virtue. The worldwide rule of judges.** Washington: The AEI, 2003, p. 8.

³⁵⁹ BORK, Robert. **The Tempting of America. The political seduction of the law.** 1ª ed. New York: Touchstone, 1990, p. 17.

³⁶⁰ BORK, Robert. **Coercing Virtue. The worldwide rule of judges.** Op. cit., p. 11/12.

³⁶¹ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy.** New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 272.

e pelas diferentes variáveis políticas e sociais presentes. Mais do que um problema puramente terminológico, trata-se de compreender que a extensão do papel que o juiz pode desempenhar em democracias constitucionais depende de uma variedade de elementos que não permite avaliação de legitimidade abstrata e apriorística, nem mesmo do tipo *tudo ou nada* das decisões ativistas. O ativismo judicial pode ser bom ou ruim, legítimo ou ilegítimo, e isso é contingente.³⁶²

A verdade é que, nenhum juiz pode ser sempre ativista, assim como não pode ser sempre autorrestritivo. De modo que, se um determinado juiz for sempre uma coisa ou outra, em algum momento, atuará de forma ilegítima e isso será assim por que, em determinadas ocasiões, o legítimo é ser ativista, em outras vezes, é ser autorrestritivo e, na maior parte das vezes, nem uma coisa nem outra. Diante da alta relevância moral e política que normalmente envolve as decisões ativistas, a conclusão não poderia ser diferente. O estado de coisas inconstitucional é um dos melhores exemplos dessa circunstância.

4.3.2.6 O ativismo judicial é algo predominantemente qualitativo

Diante da relevância, da complexidade hermenêutica e da alta sensibilidade das decisões cruciais que compõem o principal quadro de decisões ativistas, o tema deve ser visto sob o ângulo predominantemente qualitativo. O ativismo judicial deve ser identificado e “medido”, principalmente, por critérios qualitativos. Não é possível uma “medida” segura de ativismo judicial apenas por critérios quantitativos como a frequência com que as cortes julgam inconstitucionais os atos normativos dos outros poderes ou superam precedentes de “cortes anteriores”. Segundo alguns autores, é possível “medir” o ativismo judicial levando-se em conta quantas vezes uma corte declarou a inconstitucionalidade de leis.

Para esses autores, quanto maior o número de julgamentos de inconstitucionalidade menor será a disposição da corte em ser deferente ao legislador e, por isso, maior será a disposição de ser ativista.³⁶³ Contudo, este método nivela todas as decisões judiciais, ignorando a diferença de importância entre as leis declaradas inconstitucionais, o nível diverso de esforço criativo-hermenêutico empregado e o maior ou menor impacto político e social das matérias julgadas. Comparado ao número absoluto de vezes que a Corte

³⁶² Como será visto adiante, exceção é feita às decisões que identifico como *ativismo antidialógico*, aqui identificadas aprioristicamente ilegítimas.

³⁶³ Nos Estados Unidos, Lori A. Ringhand, *Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court*, **Constitutional Commentary** Vol. 24 (1), 2007, p. 43-67, mediu o ativismo judicial dos juízes da *Rehnquist Court* segundo a frequência com que votaram (a) para invalidar leis federais, (b) leis estaduais, mas também (c) superar precedentes.

Constitucional colombiana declarou leis inconstitucionais, é irrelevante, do ponto de vista quantitativo, quantas vezes declarou o estado de coisas inconstitucional. Contudo, do ponto de vista qualitativo, das repercussões políticas e institucionais, trata-se de momentos destacados, ainda que numericamente poucos, de ativismo judicial.

4.3.2.7 O caráter dinâmico e contextual do ativismo judicial

É importante ainda compreender não poder a identificação de ativismo judicial prescindir de considerações do contexto particular no qual se desenvolve. Para a construção da definição adequada de ativismo judicial, deve-se ter presente a ideia de não se estar diante de comportamento que possa ser identificado nem mesmo avaliado partindo de *parâmetros estáticos*.³⁶⁴ O que era ativismo judicial no passado, hoje pode ser um exercício ordinário da atividade judicial.³⁶⁵ Da mesma forma, o que é considerado ativismo judicial nos Estados Unidos, não o é na Alemanha, na Itália, na Colômbia ou no Brasil.³⁶⁶ A identificação e a avaliação do ativismo judicial não podem, portanto, ser desvinculados das estruturas constitucionais que, em lugares e em épocas distintas, disciplinam a dinâmica de funcionamento dos poderes e as relações entre indivíduos e Estado, tampouco das práticas jurídico-culturais, políticas e sociais contemporâneas.

A ideia é deverem os elementos da equação ativismo/autorrestrrição judicial variar de sistema para sistema, de matéria para matéria, de tempos em tempos, sempre em função das particulares estruturas constitucionais, políticas, culturais e institucionais locais. Louis Michael Seidman explica bem esta premissa ao afirmar que a avaliação do controle de constitucionalidade não pode ser feita a partir de considerações puramente gerais e abstratas:

Questões abstratas ou gerais sobre *judicial review* não nos dizem nada sobre se devemos favorecê-lo aqui e agora. Mesmo se perguntarmos como *judicial review* funciona em uma sociedade particular, nossa investigação é provável de ser generalizada e prematura (...) porque o papel cumprido por juízes dentro de uma dada cultura pode mudar com o passar do tempo.³⁶⁷

³⁶⁴ Cf. CANON, Bradley C. A Framework for the Analysis of Judicial Activism. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. **Supreme Court Activism and Restraint**. Lexington: Lexington Books, 1982, p. 385; BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Op. cit., p. 266.

³⁶⁵ Sobre a relevância do contexto histórico na identificação de decisões ativistas, cf. YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **Colorado Law Review** Vol. 73 (4), 2002, p. 1.169-1.170.

³⁶⁶ Para Georg Vanberg, **The Politics of Constitutional Review in Germany**. Op. cit., p. 173, “o impacto do controle de constitucionalidade variará através das cortes, do tempo e mesmo através das questões decididas pela mesma corte.”

³⁶⁷ Cf. SEIDMAN, Louis Michael. Acontextual Judicial Review. **Cardozo Law Review** Vol. 32 (4), 2011, p. 1.179.

Isso não significa desimportância de elementos normativos e ideacionais para efeito de identificar e avaliar o ativismo judicial. Seja qual for a “solução” adotada para o “problema do ativismo judicial”, ela sempre dirá sobre o papel adequado de juízes e cortes em algum arranjo político-institucional, e isso consiste em formular proposições normativas. Acontece que – e isso é o que se quer afirmar – essas proposições normativas não serão adequadamente formuladas caso não se leve em conta fatores reais e dinâmicos presentes em contextos particulares. A construção dessa “solução” deve ser mais bem obtida, portanto, a partir do que Thammy Pogrebinski chamou de “proposta normativa empiricamente orientada”.³⁶⁸ O caráter dinâmico e contextual deve fazer parte do próprio conceito de ativismo judicial e é sob esta perspectiva que devem ser identificados os complexos fatores e formas de manifestação do ativismo judicial. Como abordo no último Capítulo, o contexto do estado de coisas inconstitucional também se faz presente no Brasil.

4.3.2.8 A diversidade dos fatores do ativismo judicial

Há uma diversidade de fatores explicativos do ativismo judicial. Diferentes condições e variáveis, contextuais e dinâmicas, necessárias e suficientes, exógenas e endógenas, de natureza institucional, política, social e jurídico-cultural favorecem, restringem, enfim, moldam o ativismo judicial e devem, portanto, compor a equação explicativa ao lado de elementos normativos como “democracia” e “constitucionalismo”. O relevante caso norte-americano mostra o quanto a vontade política é determinante para a intensidade e a direção ideológica do ativismo judicial. Presidentes e respectivos partidos políticos, utilizando a nomeação de juízes com orientações ideológicas similares, buscaram sempre governar tendo a Suprema Corte como “aliada política”, a qual concordaria com seus programas e, principalmente, reformaria decisões de “cortes anteriores” dotadas de “cores ideológicas” distintas. Desta forma, muita da expansão de poder da Suprema Corte norte-americana, como nos casos das *Cortes Lochner*, *Warren* e, contemporaneamente, *Roberts*, teve origem em fatores políticos estratégicos.³⁶⁹

Os casos alemão, italiano, colombiano, canadense e sul-africano de ativismo judicial revelam a importância de cartas de direitos para a ascensão política de suas cortes, sendo os exemplos alemão, italiano e sul-africano destaques, ainda, da grande relevância, para o

³⁶⁸ POGREBINSCHI, Thammy. Democracia Pragmática: Pressupostos de uma Teoria Normativa Empiricamente Orientada. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Vol. 53 (3), 2010, p. 657-693.

³⁶⁹ Cf. ACKERMAN, Bruce. Transformative Appointments. **Harvard Law Review** Vol. 101 (6), 1988, p. 1.164-1.184.

ativismo judicial, das transformações jurídico-culturais, notadamente a renovada cultura de direitos fundamentais como ruptura a passados totalitários. A Costa Rica apresenta o quanto novos desenhos institucionais sobre o acesso à jurisdição e os poderes decisórios das cortes são determinantes para a ascensão do ativismo judicial. Esses fatores não são excludentes, ao contrário, complementam-se como fórmulas explosivas do ativismo judicial. Por isso, pode-se dizer que o ativismo judicial responde à pluralidade de fatores. Na declaração do estado de coisas inconstitucional, fatores institucionais como cartas de direitos e poderes de cortes constitucionais, políticos como as falhas estruturais, e sociais como as repercussões na sociedade geradas pela violação massiva de direitos fundamentais se fazem presentes.

4.3.2.9 A multidimensionalidade do ativismo judicial

A última característica, aqui apontada, é a da multidimensionalidade das decisões ativistas. A complexidade do ativismo judicial revela-se na forma como se manifestam as decisões ativistas. Essas decisões apresentam diferentes dimensões e não apenas forma única de manifestação, o que significa que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Há múltiplos indicadores do ativismo judicial³⁷⁰ como a interpretação expansiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas, etc. Assumir essa perspectiva transforma a identificação do ativismo judicial em uma empreitada mais completa e segura. A noção de multiplicidade de manifestações de ativismo judicial é inerente às decisões cruciais que deve ser trabalhada como fator positivo para a cognoscibilidade das decisões ativistas. Mais adiante, aponto as dimensões do ativismo judicial presentes na declaração do estado de coisas inconstitucional.

4.3.3 O conceito de ativismo judicial

As características acima expostas devem ser condensadas para a fixação de cinco diretrizes que servem para a construção do conceito de ativismo judicial – a primeira diz que o ativismo judicial é uma questão de *postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões*, e não de correção de mérito; a segunda, que o ativismo

³⁷⁰CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **Measuring Judicial Activism**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 32: o ativismo judicial é um “conceito multifacetado”.

judicial *não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo*; a terceira aponta o *caráter dinâmico e contextual* da identificação e da validade do ativismo judicial; a quarta diretriz afirma a *pluralidade das variáveis* contextuais que limitam, favorecem, moldam o ativismo judicial; e a última é aquela que explica o ativismo judicial como *estrutura adjudicatória multidimensional*.

A partir destas diretrizes, defino o *ativismo judicial* como o *exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias*.

Os destaques feitos acima e que importam, particularmente, para esta tese, acusam não ser o ativismo judicial algo aprioristicamente ilegítimo e o caráter multidimensional do ativismo judicial. Com efeito, como demonstro nos tópicos seguintes, mesmo decisões ativistas como o da declaração do estado de coisas inconstitucional podem ser legítimas se satisfeitas certas condições. Antes, contudo, buscarei enquadrar as dimensões do ativismo judicial reveladas na declaração do estado de coisas inconstitucional. Para evitar confusões e mal-entendidos, o uso de termo único para descrever essa multiplicidade de condutas requer uma estratégia que seja capaz de sistematizá-las no interior do próprio conceito de ativismo judicial e em torno do núcleo comportamental comum de expansão de poder político-normativo. É aí que entra em cena a estratégia de assumir o caráter multidimensional do ativismo judicial como parte fundamental do seu conceito.

4.3.4 Dimensões do ativismo judicial

Experiências ativistas de diferentes cortes supremas e constitucionais revelam diferentes dimensões das decisões ativistas. Com base nessas experiências, em especial a da Suprema Corte norte-americana, diversos autores formularam propostas de categorização de decisões ativistas em dimensões.³⁷¹ Observando a realidade decisória dos últimos vinte anos

³⁷¹ São exemplos de propostas multidimensionais do ativismo judicial: CANON, Bradley C. Defining the dimensions of Judicial Activism. **Judicature** Vol. 66 (6), 1982-1983, p. 239 et seq; Idem. A Framework for the Analysis of Judicial Activism. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. **Supreme Court Activism and Restraint**. Op. cit., p. 385 et seq.; MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial

do Supremo Tribunal Federal, acredito poderem ser identificadas cinco dimensões de ativismo judicial:

(1) Dimensão metodológica: interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais; criação judicial do direito infraconstitucional por meio das técnicas de interpretação conforme a constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução do texto; controle das omissões legislativas inconstitucionais; decisões maximalistas;

(2) Dimensão processual: autoamplificação de jurisdição, da utilidade e da eficácia dos poderes processuais e duas decisões;

(3) Dimensão estrutural ou horizontal: interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando espaços tradicionais de atuação dos mesmos;

(4) Dimensão de direitos: o avanço de posições de liberdade, de dignidade e de igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo a margem de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, ou interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas;

(5) Dimensão antidialógica: afirmação da posição do Supremo não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo. Como já dito, a única que se pode afirmar aprioristicamente ilegítima.

4.3.4.1 Dimensão metodológica

Por *dimensão metodológica* do ativismo judicial deve-se entender o modo de interpretar e aplicar os dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo os significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis e, às vezes, até mesmo contra esses sentidos. O Tribunal não se confina à aplicação passiva de normas preestabelecidas, mas se lança à tarefa de participar ativa e criativamente da construção da ordem jurídica, expandindo, restringindo, corrigindo, enfim, modificando essa mesma ordem. Essa dimensão revela-se, portanto, por meio de uma acentuada *criação judicial do direito*. Esta dimensão envolve, especialmente, a discussão sobre a superação progressiva do dogma

Activism. **Colorado Law Review** Vol. 73 (4), 2002, p. 1220 et seq.; KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review** Vol. 92 (5), 2004, p. 1444 et seq.; CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota Law Review** Vol. 91 (6), 2007, p. 1762-1763; Idem. **Measuring Judicial Activism**. Op. cit.

kelseniano do juiz constitucional apenas como *legislador negativo*³⁷² e sugere o avanço da figura desse juiz também como *legislador positivo*, de toda importância para o controle de constitucionalidade das omissões legislativas.

A dimensão metodológica do ativismo judicial é a negação desse dogma. Para os que aceitam, em maior ou em menor medida, essa dimensão de ativismo, a ideia kelseniana só pode ser considerada válida diante de uma constituição bem distinta das promulgadas no segundo pós-guerra, as quais estabeleceram extensos catálogos de direitos fundamentais e de direitos sociais, normalmente veiculados por pautas de valores e por normas de textura muito aberta. Isso significa que o *juiz kelseniano* não pode prevalecer em *constituições não kelsenianas*,³⁷³ como é o caso da maior parte das constituições do segundo pós-guerra e como são os casos das Constituições colombiana e brasileira. Os julgados criativos de cortes constitucionais permitem seja verificada possível dimensão metodológica em quatro comportamentos decisórios: *(i)* na interpretação e aplicação das normas constitucionais; *(ii)* na interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade parcial; *(iii)* no controle da omissão legislativa inconstitucional; *(iv)* em decisões maximalistas.

A declaração do estado de coisas inconstitucional possui uma dimensão metodológica de ativismo judicial por duas razões: primeira, pela própria criatividade em sua formulação; segunda, porque destinada a superar omissões implicadas em falhas estruturais. A figura do estado de coisas inconstitucional não possui previsão expressa em norma constitucional ou infraconstitucional, sendo, portanto, criação judicial que toma por base a ordem objetiva de valores ou a ideia da “Constituição como um todo”, não havendo referência a qualquer dispositivo constitucional específico. Além do mais, a sua declaração é pressuposto para que a corte promova a superação de falhas de políticas públicas que têm origem em falhas estruturais por trás do estado inconstitucional, como pode ser motivo de seu agravamento.

4.3.4.1 Dimensão processual

³⁷²KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione (La Giustizia Costituzionale). In: **La Giustizia Costituzionale**. Milão: Giuffrè, 1981, p. 174

³⁷³A frase é atribuída a Leopoldo Elia (La Corte nel quadro dei poteri costituzionali. In: **Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia**. Bologna, 1982), *apud* MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. **La sentencia constitucional em Italia**. Madrid: CEPC, 2003, p. 234, nota 75. Na mesma nota de rodapé, o professor espanhol cita outro grande autor italiano, Franco Modugno (La Corte costituzionale italiana oggi. In: **Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli**, Padova, 1985), que afirma a insuficiência da doutrina do juiz constitucional kelseniano como um guardião “dos muros externos da Constituição”, mas incapaz de ser um intérprete da vontade constituinte e, portanto, “operante no interior destes muros”.

A *dimensão processual* revela-se pelo alargamento feito por juízes e cortes do campo de aplicação e de utilidade dos processos constitucionais postos à sua disposição, ampliando as hipóteses de cabimento das ações e recursos bem como os efeitos das decisões. O Supremo Tribunal Federal tem ampliado a própria participação na construção da ordem jurídica e democrática por meio da amplificação de seus instrumentos processuais. Como exemplo, podem ser citados: (i) as propostas de autoampliação da eficácia das decisões de inconstitucionalidade; (ii) a busca pela amplitude do cabimento do instrumento da reclamação, de modo a realizar-se por meio desta o controle incidental de constitucionalidade; (iii) a amplitude do uso do mandado de injunção para decidir além do caso concreto; (iv) a construção de súmulas vinculantes a partir de decisões não reiteradas; (v) o uso irrestrito e não criterioso da repercussão geral.

Na declaração do estado de coisas inconstitucional, considerados, principalmente, os remédios estruturais empregados, faz-se presente uma dimensão processual marcante. Pensando sobre o caso colombiano, a Corte Constitucional afirma o estado de coisas inconstitucional com o propósito de assegurar a ordem objetiva dos direitos fundamentais, protegendo direitos de diversas pessoas e não apenas dos demandantes no processo, e expedindo ordens contra diferentes autoridades públicas e não unicamente contra as autoridades demandadas. E faz tudo isso por meio de um processo tipicamente subjetivo, criado originalmente para resolver conflitos individuais e defender direitos dos demandantes: a *acione de tutela*. A Corte expande seu poder decisório ao utilizar um instrumento subjetivo para alcançar resultados próprios de processos objetivos. A Corte Constitucional faz isso na absoluta ausência de previsão legal para tanto, o que revela a autoampliação de poderes decisórios.

4.3.4.2 Dimensão estrutural

Na dimensão estrutural, o juiz, diante de particularidades do caso concreto, recusa-se a decidir com deferência aos demais poderes como pura e simples exigência institucional e política decorrente de um sistema de governo democrático e de poderes separados, ou seja, como decorrência dos princípios democrático e da separação de poderes. O juiz ativista em sentido estrutural não acredita, no caso concreto, que deva, em qualquer hipótese, ser deferente ao legislador ou a agentes administrativos em razão da capacidade jurídico-constitucional ou da capacidade epistêmica do outro poder. Argumentos institucionais de deferência à capacidade jurídica ou epistêmica dos outros poderes podem não fazer parte da

gramática decisória dessa dimensão de ativismo judicial a depender das circunstâncias concretas envolvidas. Na dimensão estrutural, juízes e cortes não deixam de decidir determinado caso ou de decidir sem base em razões próprias com o propósito exclusivo de respeitar ou adotar as razões de outro poder.

O ativismo estrutural alcança a postura de o juiz não enxergar espaços de decisão ou questões relevantes imunes à sua interferência, seja por tratar-se de *questões políticas*, seja porque ele acredita não possuir a capacidade cognitiva específica. Para o juiz ativista em sentido estrutural, todas as decisões e omissões relevantes dos outros poderes estão sujeitas ao controle de legitimidade constitucional, e as razões políticas ou empíricas dessas decisões ou omissões relevantes são sujeitas a esse controle sem gozar de precedência normativa. Uma vez provocado o controle, *o jogo começa do zero*. Não se trata, exatamente, da perspectiva de como o juiz interpreta e aplica a ordem constitucional e infraconstitucional (*dimensão metodológica*), ou de como utiliza os instrumentos de decisão (*dimensão processual*), e sim, de como se comporta diante das decisões prévias ou da inércia dos outros poderes, ou melhor, do quanto interfere anulando atos ou preenchendo vazios de institucionalização em áreas de competência própria dos outros poderes.

Os avanços no controle de constitucionalidade pelo Supremo sobre o orçamento público e os requisitos de urgência e relevância das medidas provisórias são ótimos exemplos de evolução dessa dimensão de ativismo. O Supremo vem superando suas decisões anteriores de ausência de autoridade para o controle concentrado e abstrato do orçamento público. Primeiramente, a Corte abandonou o critério de afastamento generalizado da possibilidade de controle da lei orçamentária e decidiu praticar a avaliação “caso a caso” e efetivamente exercer o controle se a lei veiculasse norma conflitante frontalmente com a Constituição.³⁷⁴ Depois, na ADI-MC 4.048, a Corte ampliou definitivamente o poder de controle, abandonando de uma vez a possibilidade de imunidade da lei orçamentária quando passou a entender que toda lei, mesmo que de efeitos concretos, está sujeita ao controle concentrado e abstrato, inclusive e especificamente, as normas orçamentárias.³⁷⁵ Neste mesmo caso, controlou efetivamente os critérios de urgência e relevância de medida provisória.

Em face do Poder Legislativo, uma postura estrutural marcante de ativismo judicial tem sido o controle de constitucionalidade de emenda constitucional. Sem dúvida, o julgamento de inconstitucionalidade material dessa espécie legislativa é algo qualitativo por

³⁷⁴ STF – Pleno, ADI 2.925/DF, Rel. p/ ac. Min. Marco Aurélio, j. 19/12/2004, DJ 04/03/2005 (trata-se do conhecido “caso CIDE-combustíveis”).

³⁷⁵ STF – Pleno, ADI-MC 4.048/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2008, DJ 22/08/2008.

excelência para efeito de identificação do ativismo judicial, na medida em que a Corte deveria prestar deferência diferenciada ao constituinte derivado. O Supremo sempre demonstrou intensa liberdade em declarar inconstitucionais ou dar interpretação conforme, com efeitos modificativos, às decisões do constituinte derivado.³⁷⁶ Como ensina Rodrigo Brandão, o Supremo não adotou a concepção minimalista do Tribunal Constitucional alemão na fixação dos limites materiais ao poder de reforma da constituição, mas relaciona esses limites à defesa particular de princípios materialmente fundamentais, “de maneira que, caso as emendas suprimam o núcleo essencial das cláusulas pétreas isoladamente consideradas, elas devem ser declaradas inconstitucionais, ainda que não haja risco de erosão da Constituição como um todo.”³⁷⁷

A dimensão estrutural do ativismo judicial é a que melhor caracteriza a postura judicial na declaração do estado de coisas inconstitucional. Ao interferir nos diferentes ciclos das políticas públicas, ou seja, na formulação, na implementação e no monitoramento dos resultados, cortes constitucionais acabam atuando em esferas de ação próprias do Executivo e do Legislativo. Acusam omissões estatais a configurarem falhas estruturais; apontam a ineficiência ou mesmo inexistência de políticas públicas e relacionam a violação massiva de direitos fundamentais a essas falhas; determinam sejam formuladas normas e ações administrativas dirigidas à superação da proteção deficiente de direitos fundamentais; direcionam a alocação de recursos orçamentários; monitora a implementação das políticas determinadas, controlando o sucesso dos resultados das ordens que formula. Enfim, as cortes assumem funções tipicamente legislativa e administrativa. Se isso é legítimo é algo a ser verificado em cada caso. O que não pode ser negado é tratar-se de ativismo judicial na dimensão estrutural por excelência.

4.3.4.4 Dimensão de direitos

³⁷⁶ São exemplos: STF – Pleno, ADI 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 15/12/1993, DJ 18/03/1994 (o caso do IPMF – EC 03/93); STF – Pleno, ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 03/04/2003, DJ 16/05/2003 (Benefícios de Previdência – EC 20/98); STF – Pleno, ADI 3.105/DF, Rel. p/ ac Min. Cezar Peluso, j. 18/08/2004, DJ 18/02/2005 (a contribuição dos Inativos – EC 41/03); STF – Pleno, ADI 3.685/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 22/03/2006, DJ 10/08/2006 (Verticalização das coligações partidárias – EC 52/06); STF – Pleno, ADI-MC 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 05/04/2006, DJ 10/11/2006 (Competência Justiça do Trabalho – EC 45/2004); STF – Pleno, ADI 4.307/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11/11/2009, DJ 05/03/2010 (Número de vereadores – EC 58/09).

³⁷⁷ BRANDÃO, Rodrigo. A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Op. cit., p. 215.

Pode-se falar em *dimensão de direitos* relativa as decisões por meio das quais cortes, expandindo os sentidos normativos da dignidade da pessoa humana, da liberdade, igualdade, solidariedade, exige das autoridades políticas e administrativas o respeito e a realização de direitos fundamentais, impondo-lhes deveres negativos e positivos de atuação. Pode-se pensar em uma sobreposição entre dimensões, carecendo a *de direitos* de autonomia descritiva e funcional diante das dimensões metodológica e estrutural. Afinal, aplicação judicial de direitos fundamentais a partir da compreensão literal e restrita das normas constitucionais é um exercício ordinário de poder judicial, ao passo que a resistência e a limitação aos excessos de poder pelo Estado fazem parte da própria razão de ser desses direitos.

Essa acusação pode ser mesmo correta, daí a necessidade de se esclarecer que o estabelecimento de autonomia classificatória dessa dimensão não se deu, como nas dimensões anteriores, em razão de critérios rígidos de descrição de condutas judiciais, mas em decorrência da espetacular importância da defesa e da concretização dos direitos fundamentais dentro do quadro geral de avanço contemporâneo do papel sociopolítico de cortes constitucionais, particularmente do Supremo Tribunal Federal. A *legitimação classificatória* dessa dimensão se dá então pelo *critério da relevância*. Abandonando abordagens formalistas dos direitos fundamentais e empregando a leitura ética desses direitos, além de jurídico-constitucional, cortes como o Supremo têm afirmado a precedência da autonomia, da dignidade do indivíduo e da garantia do mínimo existencial sobre os interesses secundários do Estado, avançando posições de liberdade e de igualdade social.

Na declaração do estado de coisas inconstitucional, as cortes avançam essa dimensão ao interferir nas medidas regulatórias e em políticas públicas em favor da garantia de direitos básicos e, principalmente, do mínimo existencial. Para tanto, como abordado no tópico anterior, as cortes acabam interferindo no dever de legislar, nas políticas públicas e nas decisões alocativas de recursos do Estado como forma de aperfeiçoar a proteção de direitos fundamentais. Com efeito, se a violação massiva de direitos é um dos pressupostos nucleares da declaração do estado de coisas inconstitucional, não há como recusar a caracterização do ativismo judicial nesses casos como tendo uma dimensão de direitos.

4.3.4.5 Dimensão antidialógica

A *dimensão antidialógica* manifesta-se quando a interpretação constitucional é encarada como tarefa exclusiva de juízes e cortes constitucionais. Com efeito, cortes podem ter a última palavra sobre um caso particular, mas não necessariamente acerca da questão

constitucional mais ampla que governa o caso. A definição da questão mais ampla deve ser o resultado da “construção coordenada” entre os poderes, *i.e.*, de um processo dialógico.³⁷⁸ A postura menos autoritária de cortes constitucionais, autocompreendendo-se como peça importante na construção da ordem jurídica, e não como único intérprete da Constituição, titular da única palavra sobre os significados constitucionais, responde a exigências do próprio equilíbrio fundamental entre constitucionalismo e democracia. O respeito ao espaço dos demais poderes torna a atuação das cortes constitucionais mais legítima e agrega valor ao processo de construção dos significados das constituições. Comportamento diverso representará forma de ativismo aprioristicamente ilegítimo: o *ativismo judicial antidialógico*.

As demais dimensões do ativismo judicial são contextualmente legítimas ou ilegítimas, a dependerem das variáveis em jogo. Contudo, a dimensão antidialógica é, em qualquer hipótese, aprioristicamente ilegítima. Com isso, construo importante premissa da tese e que norteará o restante deste Capítulo: além de observar os pressupostos próprios da declaração do estado de coisas inconstitucional, o ativismo judicial envolvido em decisões da espécie, para ser legítimo, não poderá, em qualquer hipótese, possuir dimensão antidialógica. Significa dizer: o ativismo judicial predominantemente estrutural, presente na declaração do estado de coisas inconstitucional, deverá ser dialógico; deverá ser *um ativismo judicial estrutural dialógico*.

4.4 A resposta dialógica

Como demonstrado no tópico anterior, a declaração do estado de coisas inconstitucional e os remédios estruturais que seguem à decisão dessa natureza, inequivocamente, revelam ativismo judicial de dimensão predominantemente estrutural. Isso não significa que seja aprioristicamente ilegítimo. Apenas o ativismo judicial que revela-se antidialógico pode ser considerado ilegítimo *a priori*. Com isso, têm-se que a ideia de *diálogos institucionais* pode ser uma boa resposta às objeções de ordem democrática e institucional contra a expansão de poder por juízes e cortes. Como melhor será desenvolvido no tópico seguinte, isso significa que, além de observar os pressupostos próprios da declaração do estado de coisas inconstitucional, o ativismo judicial estrutural, presente em

³⁷⁸ FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **Political Dynamics of Constitutional Law**. St. Paul: West Publishing, 1992, p. 10; SILVA, Vírgilio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo** Vol. 250, Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 220-221.

declaração dessa espécie, pode ser considerado legítimo se permitir ou catalisar o diálogo entre os poderes, e destes com a sociedade.

Com efeito, toda e qualquer proposta normativa que implique ampliação do controle judicial de constitucionalidade dos atos e das omissões legislativas deve se ocupar também dos custos e dos riscos da supremacia judicial. No caso da declaração do estado de coisas inconstitucional, essa ampliação é inegável, de forma que a preocupação é válida. Assim, ao lado de se buscar assegurar o cumprimento da Constituição e a efetividade dos direitos fundamentais contra as falhas estruturais, também devem ser elaboradas bases normativas que favoreçam a atuação conjunta dos três poderes em torno desses propósitos. Essas bases normativas devem propor que, em diferentes oportunidades, há a necessidade de incentivos judiciais à atuação legislativa adequada e eficaz, mas também que espaços políticos de decisão devem ser assegurados aos legisladores mesmo nesses casos.

Segundo a advertência de Jeffrey Rosen, “uma Corte que insista, repetidamente, que ela sozinha é o intérprete último e exclusivo da Constituição pode desencorajar os outros poderes de governo de engajarem, por conta própria, na interpretação constitucional.”³⁷⁹ Por outro lado, também não é nada bom que *passivismos institucionais* se somem. Se à inércia legislativa se somar o passivismo judicial, serão os direitos fundamentais e os seus titulares a saírem perdendo. A preocupação com o monopólio pelas cortes da interpretação constitucional (*supremacia judicial*), de um lado, e a relevância do papel das cortes em assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, de outro, tem feito surgir, em tempos recentes, tanto como afirmação descritiva como normativa, a ideia da interpretação constitucional como “um processo de elaboração compartilhada entre o judiciário e outros atores constitucionais”.³⁸⁰ Trata-se da proposta de *diálogos institucionais*, que tanto podem derivar dos desenhos institucionais (constituição, lei) como da própria postura decisória da Corte.

Os custos e riscos da supremacia judicial são maiores quando se trata do controle das omissões legislativas inconstitucionais. É que nesse caso, a acusação não é simplesmente de cortes anulando atos dos outros poderes, e sim de cortes substituindo aos outros poderes. Além do mais, há as dificuldades metodológicas e institucionais próprias da revisão judicial

³⁷⁹ ROSEN, Jeffrey. **The Most Democratic Branch. How the Courts Serve America**. New York: Oxford University Press, 2006, p. 44.

³⁸⁰ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review** Vol. 71 (3), 2006, p. 1109 et seq. No Brasil, sobre o tema, cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

dos diagnósticos e prognósticos legislativos, levada a efeito quando da investigação acerca da insuficiência e inadequação dos meios eleitos pelo legislador para a proteção dos direitos fundamentais. A dificuldade agrava-se ainda mais se pensar-se sobre a substituição direta por juízes e cortes desses meios de proteção, presentes escolhas judiciais unilaterais. Tudo isso sugere que as dificuldades normais envolvidas no controle de constitucionalidade são mais agudas quando se tratar do controle da omissão legislativa inconstitucional.

De uma perspectiva normativa, acredito deverem essas dificuldades ser minimizadas por meio da construção dialógica da proteção mais eficaz e adequada dos direitos fundamentais. A proposta é a de negar que a interpretação constitucional possa ser encarada como uma tarefa exclusiva das cortes constitucionais em geral. Trata-se de combater a visão convencional de que cabe à corte dar a “última palavra” ou ainda a “única palavra” sobre o que significam direta ou indiretamente as constituições e, conseqüentemente, sobre a melhor forma de proteger os direitos constitucionais. Como já dito, a corte pode ter a última palavra sobre um caso particular, mas, não necessariamente, acerca da questão constitucional mais ampla que governa o caso. A definição dessa questão mais ampla deve ser o resultado de uma “construção coordenada” entre os poderes, ou seja, de um processo dialógico.³⁸¹

Com efeito, não é salutar atribuir, aprioristicamente, a um órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da constituição. Definitivamente, a constituição não é o que cortes dizem que ela é. Em matéria de interpretação constitucional, cortes constitucionais ou supremas, compostas por intérpretes humanos e falíveis, podem errar, como também podem fazê-lo os poderes Legislativo e Executivo. É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional ou de construção conjunta e coordenada de sentidos constitucionais e de formas de proteção e efetividade de direitos fundamentais, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão mais tradicional, que concede a última ou única palavra às cortes.

³⁸¹ FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **Political Dynamics of Constitutional Law**. St. Paul: West Publishing, 1992, p. 10 et seq; BATEUP, Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review** Vol. 71 (3), 2006, pp. 1109-1180; SILVA, Vírgilio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo** Vol. 250, Rio de Janeiro: FGV, 2009, pp. 220-221; MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Op. cit., p. 401-410.

Essa ideia de diálogo responde muito bem à exigência de equilíbrio fundamental entre constitucionalismo e democracia. Como disse Louis Fisher, em relação ao sistema constitucional norte-americano, mas que serve para a prática constitucional em geral,

Judicial review se ajusta ao nosso sistema constitucional porque gostamos de fragmentar o poder. Sentimo-nos mais seguros com *checks and balances*, mesmo quando uma Corte não eleita diz a um legislador eleito ou a um Presidente eleito que eles têm se excedido. Essa mesma preferência por poder fragmentado nega à Suprema Corte a autoridade final e a última palavra para decidir questões constitucionais. Nós não aceitamos a concentração de poder legislativo no Congresso ou de poder executivo no Presidente. Pela mesma razão, não podemos permitir que o poder judicial e a interpretação constitucional residam exclusivamente nas cortes. Nós rejeitamos supremacia em todos os três poderes em razão do valor superior da liberdade, do discurso, da democracia e do governo limitado.³⁸²

É possível, portanto, ter-se um controle de constitucionalidade forte da omissão estatal e, ainda assim, reservar-se espaço para os poderes políticos atuarem na correção de rumos, o que equivaleria a “repudiar a noção de supremacia judicial”.³⁸³ Essa ideia é viável ante medida tão drástica como a declaração do estado de coisas inconstitucional? Teria a Corte Constitucional colombiana sido forte na direção de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, trabalhando em prol da melhor proteção legislativa desses direitos e, ao mesmo tempo, evitado posturas de supremacia judicial? A Corte apostou na proposta de diálogos institucionais para a correção das omissões legislativas inconstitucionais como proteção deficiente dos direitos fundamentais? Como demonstro no último tópico deste Capítulo, as respostas são positivas. Antes, contudo, descrevo práticas da Suprema Corte do Canadá, da Corte Constitucional da África do Sul e do Supremo Tribunal Federal que revelam diferentes facetas institucionais desse diálogo e oferecem importantes lições sobre o tema.

4.4.1 Os diálogos institucionais no Canadá

A proposta de interpretação direta e indireta da Constituição e dos direitos fundamentais dividida entre os poderes, sem que haja um titular absoluto da “palavra final”, tem sido aceita e praticada por realidades políticas distintas, sempre em razão das preocupações com o monopólio hermenêutico pelas cortes constitucionais, com a supremacia judicial combatida por Larry Kramer. A prática de diálogos institucionais em diferentes regimes democráticos, contudo, não é uniforme. Pode derivar tanto dos desenhos institucionais particulares constantes da constituição local ou das leis locais, como da própria

³⁸² FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 279.

³⁸³ TRIBE, Laurence. **The Invisible Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 47.

postura decisória das respectivas cortes constitucionais ou supremas. O Canadá é um bom exemplo da primeira hipótese; a África do Sul e o Brasil, exemplos da segunda.

Para alguns autores canadenses, diferentemente do que ocorre com os norte-americanos, o sistema político do Canadá não deve temer o ativismo judicial ou a supremacia judicial haja vista a estrutura de sua Carta de Direitos (a *Canadian Charter of Rights and Freedom* – “*Charter*”, de 1982) permitir que mesmo as decisões mais ativistas sejam revistas em meio a um diálogo democrático entre cortes e poderes políticos. Mecanismos institucionais da *Charter* fariam com que a Suprema Corte não tenha a palavra final sobre a constitucionalidade das leis, sendo suas decisões, na realidade, uma etapa importante, mas não a única nem mesmo a definitiva, de um processo de interpretação constitucional e infraconstitucional que envolve também reações e respostas pelos poderes Executivo e Legislativo e pela própria sociedade.³⁸⁴

Em trabalho pioneiro, Peter Hogg e Allison Bushell defenderam que “a ‘judicial review’ é parte de um ‘diálogo’ entre os juízes e os legisladores”, que se desenvolve quando uma decisão judicial recebe uma revisão ou modificação legislativa e que tem, como efeito normativo, reduzir os questionamentos de ilegitimidade democrática da atuação judicial. Ainda que não desaparecessem as constrições sobre o processo democrático, esse diálogo institucional promoveria “decisões democráticas”. Segundo esses autores, “as decisões da Corte quase sempre deixam espaço para uma resposta legislativa”, de modo que seria “um erro ver a *Charter* como tendo dado a juízes não eleitos um veto sobre a vontade democrática dos corpos legislativos competentes.”³⁸⁵ Os autores apontaram quatro características estruturais da *Charter* que facilitam o diálogo, mas apenas duas dessas interessam mais de perto: sua *section* 33, que permite a supressão legislativa da decisão; sua *section* 1, que faz referência à possibilidade de imposição de limites apenas razoáveis aos direitos garantidos pela *Charter*.

O artigo 33 da *Charter* estabelece a possibilidade do uso pelo legislador, federal ou das províncias, da chamada *notwithstanding clause* (“cláusula não obstante”). O Parlamento pode inserir essa cláusula em uma lei e, com isso, obter o efeito de impedir que a Suprema

³⁸⁴ HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. **Osgoode Hall Law Journal** Vol. 35 (1), 1997, p. 81: “A *Charter* atua como um catalisador para uma troca bilateral entre judiciário e legislador sobre o tema dos direitos humanos e liberdades, mas raramente levanta uma barreira absoluta aos desejos das instituições democráticas”; ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Toronto: Irwin Law, 2001, p. 175: “Os perigos da supremacia judicial têm sido excessivamente exagerados pelos críticos do ativismo judicial. Em quase todos os casos em que a Corte anula uma ação do estado, sua decisão não precisa ser e, frequentemente, não tem sido a palavra final.”

³⁸⁵ HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. **Osgoode Hall Law Journal** Vol. 35 (1), 1997, pp. 79/80, 105.

Corte declare essa lei inconstitucional *não obstante* ter concluído efetivamente pela violação aos direitos fundamentais dos artigos 2º e 7º ao 15 da *Charter*. Esse dispositivo também permite ao legislador republicar lei original declarada inconstitucional, afastando, dessa feita, a mácula de inconstitucionalidade (*legislative override*) e neutralizando a interferência da Suprema Corte. Trata-se, como disseram os autores, do “meio mais óbvio e direto de superação de uma decisão judicial que anule uma lei por violação aos direitos da *Charter*”.³⁸⁶ A vigência dessa cláusula é limitada ao prazo, renovável, de cinco anos.³⁸⁷

Todavia, o uso da *notwithstanding clause* tem sido escasso. Na prática, ela “tem se tornado desimportante por causa do desenvolvimento de um clima político de resistência a seu uso”.³⁸⁸ Os custos políticos são altos tendo em vista a impopularidade desse tipo de enfrentamento. Entre as dez províncias e três territórios do Canadá, apenas Alberta,³⁸⁹ Saskatchewan³⁹⁰ e Yukon³⁹¹ utilizaram a cláusula ao menos em uma oportunidade, enquanto somente Quebec fez uso mais frequente do mecanismo.³⁹² Portanto, embora poderosa, a *notwithstanding clause* tem sido um mecanismo de pouca repercussão prática para os diálogos institucionais. Contudo, segundo Kent Roach, seria um erro acusar a “morte” dos diálogos institucionais em razão da “relutância de os legisladores utilizarem a *section 33*”. Para o autor, na verdade, “é a *section 1*, e não a 33, o autêntico mecanismo de diálogo sob a *Chater*”.³⁹³

Para Kent Roach, o foco deve ser a *section 1*, “o veículo para as conversações e intercâmbios que regularmente ocorrem entre cortes e legisladores no Canadá”.³⁹⁴ A *Charter*,

³⁸⁶ HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison A. The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures. **Osgoode Hall Law Journal** Vol. 35 (1), 1997, p. 83.

³⁸⁷ Para Kent Roach, **The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Op. cit., p. 60, a exigência de renovação da cláusula em cinco anos faz com que nenhum dos poderes tenha realmente a palavra final. Uma vez que não seja renovada a vigência da cláusula, poderá voltar a vigorar a interpretação da Suprema Corte sobre a inconstitucionalidade da restrição a direitos, caso essa não tenha sido revogada.

³⁸⁸ HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison A. The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures. **Osgoode Hall Law Journal** Vol. 35 (1), 1997, p. 83.

³⁸⁹ Em março de 2000, o legislador de Alberta modificou sua legislação sobre o casamento (*Marriage Act*) para proibir, expressamente, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, incluindo a *notwithstanding clause* para proteger a previsão. Contudo, a Suprema Corte declarou inconstitucional a regra por julgar que a definição de casamento é de competência exclusiva do Parlamento Canadense; cf. *Reference re Same Sex Marriage*, (2004) 2 SCR 698.

³⁹⁰ Em 1988, o legislador de Saskatchewan promulgou lei determinando que grevistas voltem ao trabalho, tendo sido preventivamente incluída a cláusula. Mais tarde, a Corte julgaria constitucional a lei e desnecessário o uso da cláusula.

³⁹¹ Em 1982, o legislador de Yukon foi o primeiro a utilizar a cláusula, na *Land Planning and Development Act*. Como a lei não chegou a ser aplicada, esse não é um exemplo explorado.

³⁹² Como forma de protesto à própria promulgação da *Charter*, o governo separatista de Quebec introduziu a *notwithstanding clause* em todas as suas leis. A Suprema Corte deferiu ao legislador da província e declinou em revisar a constitucionalidade dessas leis. Destaque para *Ford v. Quebec* (1998) 2 SCR 712.

³⁹³ ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Op. cit., p. 156; cf. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. cit., p. 243.

³⁹⁴ ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Op. cit., p. 176.

em sua *section 1*, prescreve que os direitos e liberdades estão sujeitos apenas a limites que possam ser justificados democraticamente como restrições razoáveis. Dessa forma, legislador e Suprema Corte podem entrar em um diálogo sobre quais medidas razoáveis as leis podem adotar para restringir legitimamente esses direitos.³⁹⁵ Em *R v. Oakes*,³⁹⁶ a Suprema Corte definiu os parâmetros que o legislador deve observar para restringir, de forma razoável, direitos e liberdades:

- (1) a lei restritiva deve perseguir um objetivo importante;
- (2) a restrição deve ser racionalmente conectada com esse objetivo;
- (3) a lei deve restringir o direito não mais que o necessário para alcançar o objetivo;
- (4) a restrição não deve ter um efeito desproporcionalmente severo para seus destinatários.

Trata-se, claro, do teste da proporcionalidade. Uma vez que a lei, a juízo da Suprema Corte, persiga adequadamente um objetivo relevante sem que, para tanto, restrinja o direito mais que o necessário e de forma desproporcional em sentido estrito, então ela deverá ser declarada constitucional. Na hipótese de uma lei não satisfazer esses parâmetros da *section 1*, a Corte declarará a lei inconstitucional e poderá dar início ao processo de diálogo. Segundo Hogg e Bushell, em declarar a inconstitucionalidade da lei com base nos parâmetros de razoabilidade, a Suprema Corte “explicará porque o *standard* da *section 1* não foi satisfeito” e, assim, indicará “a alternativa legal menos restritiva que *teria satisfeito* a *section 1*.” O legislador poderá então, utilizando a formulação da Corte, realizar uma “segunda tentativa”. Na prática, o diálogo pela *section 1* pode se realizar com:

- (1) a declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte e a indicação das condições de restrição razoável que não foram justificadas;
- (2) a instituição de nova disciplina legal pelo legislador, visando, substancialmente, alcançar os mesmos propósitos da lei declarada inválida, mas levando em conta a análise pela Corte sobre os “meios menos restritivos” que satisfariam os parâmetros da *section 1* da *Charter*;
- (3) um possível terceiro *round*, com a Corte revisando a constitucionalidade da resposta legislativa, sendo deferente ao legislador ou recusando novamente a lei.³⁹⁷

³⁹⁵ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University, 2008, p. 33: “A resposta da *Section 1* não envolve um diálogo entre cortes e legisladores sobre o *significado* das provisões da *Charter*, mas particularmente, e apenas, sobre como um significado consensual [da *Charter*] aplica-se a uma lei específica.”

³⁹⁶ (1986) 1 SCR 103, 138-139.

³⁹⁷ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University, 2008, p. 46.

Com o diálogo operando dessa forma, o processo democrático é influenciado pela Suprema Corte, mas não é por ela impedido, anulado ou superado.³⁹⁸ No caso de *R v. Oakes*, e em outros de aplicação da *section 1*, a Corte não substituiu ao legislador, haja vista apenas definir parâmetros de validade e não as normas legislativas diretamente. Assim, a ideia principal dos autores, por trás da defesa dessa prática, é a afirmação que o diálogo entre a Suprema Corte e o Legislativo, marcado pelas respostas legislativas às decisões da Corte, sob o ponto de vista normativo, deve minimizar o discurso de ilegitimidade democrática do ativismo judicial em torno da *Charter*, recusando o discurso de supremacia judicial.³⁹⁹ Em um primeiro momento, podemos ter decisões ativistas; mas em um segundo, respostas legislativas a essas decisões, de forma que o processo legislativo resulte de uma dinâmica institucional bilateral, dialógica voltada ao objetivo comum de melhor proteção dos direitos fundamentais.

4.4.2 Os diálogos institucionais na África do Sul

A Corte Constitucional da África do Sul é destaque quando o assunto é “diálogos institucionais”. Ela tem sido peça fundamental no processo de *constitucionalismo transformativo* que emergiu no país na última década do século XX, atuando no papel de legitimadora do projeto de transformação social pós-Apartheid, dirigindo esforços para superar as graves injustiças e violações de direitos que caracterizaram o regime político-social anterior. Para tanto, a Corte tem combinado a superação de métodos jurisprudenciais conservadores enraizados na cultura jurídica sul-africana com a atenção às prerrogativas constitucionais dos outros poderes republicanos. A Corte Constitucional tem interpretado criativa e progressivamente as normas fundamentais da Constituição de 1996 (*CRSA*) de modo a promover a realização dos propósitos transformativos de justiça social, mas sem nunca se descuidar da responsabilidade institucional em expressar sua força.

Os juízes constitucionais sul-africanos têm demonstrado ter a exata noção que sua responsabilidade impõe o *sentido de deferência adequada* devida aos outros poderes em diferentes situações.⁴⁰⁰ Ao lado de ser ativista na defesa dos direitos fundamentais e sociais, a

³⁹⁸ HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison A. The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures. **Osgoode Hall Law Journal** Vol. 35 (1), 1997, pp. 84/87. Os autores relacionam alguns casos interessantes de diálogos ocorridos sob a *section 1* da *Charter*.

³⁹⁹ ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Op. cit., pp. 175/176.

⁴⁰⁰ CORDER, Hugh. Judicial Policy in a Transforming Constitution. In: MORISON, John; McEVOY, Kieran; ANTHONY, Gordon. (Ed.). **Judges, Transition and Human Rights**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 104.

Corte Constitucional sul-africana tem também procurado cumprir um papel *equilibrado* na afirmação de direitos em questões socialmente muito controvertidas e na alocação de recursos e benefícios públicos em torno dos direitos socioeconômicos, buscando estabelecer *diálogos* com os outros poderes em torno da melhor forma de realizar as esperanças e pretensões transformativas da nova ordem constitucional e democrática. Contudo, diferentemente do caso canadense, em que o diálogo institucional tem seu *motor de impulsão* na estrutura da Constituição e em seus mecanismos institucionais de reversão ou modificação legislativa das decisões judiciais, o caso sul-africano revela hipótese em que a proposta dialógica parte da própria Corte Constitucional.

A Corte, por meio de modernas técnicas de decisão como as sentenças aditivas de princípio e a modulação temporal da eficácia de suas decisões, “impõe” ao Legislativo o dever de legislar, seja para suprir lacunas inconstitucionais que são identificadas pela Corte, seja para aprimorar a legislação cujos defeitos e insuficiências são declarados contrários à Constituição. A Corte não resolve essas falhas de antemão, mas indica o caminho e dá um tempo razoável para que o legislador o faça. Agindo assim, a Corte Constitucional, de modo proposital e responsável, funciona como um “catalisador deliberativo”, promovendo a interação e o diálogo institucional e maximizando a qualidade democrática em “produzir boas decisões”.⁴⁰¹ Tal como a Suprema Corte canadense com a *section 1*, a Corte Constitucional sul-africana não corrige diretamente a deficiência legal, e sim indica os parâmetros normativos ao legislador para que ele próprio supere suas insuficiências.

No campo das liberdades fundamentais e dos direitos de igualdade, o melhor exemplo dessa postura dialógica da Corte Constitucional foi sua decisão sobre o *casamento gay*. No polêmico caso, a Corte julgou inconstitucional a legislação ordinária no ponto em que não conferia às uniões homoafetivas os mesmos benefícios, responsabilidades e *status* do casamento civil entre heterossexuais. Para a Corte, essa proteção deficiente, reveladora de tratamento diferenciado, violava o princípio constitucional da igualdade, que veda discriminações, dentre outros, por motivo de orientação sexual (s. 9[3]), o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como não atribuiu o devido valor à diversidade e ao pluralismo na sociedade sul-africana.⁴⁰² Importante ressaltar que tratou-se de verdadeiro exercício de moralidade crítica ante a circunstância de a opinião pública sul-africana ser manifestamente contrário aos direitos dos homossexuais.

⁴⁰¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Op. cit., p. 212.

⁴⁰² *Minister of Home Affairs v. Fourie (Doctors for Life International and Others, amici curiae); Lesbian and Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs*, 2006 (1) SA 524.

Por outro lado, a Corte Constitucional, considerando a sensibilidade da controvérsia, a divisão na sociedade sobre sua solução e a capacidade do legislador em assegurar esses direitos aos homossexuais, decidiu suspender por um ano os efeitos da decisão para dar esse prazo ao Parlamento para regular com detalhes os direitos por ela assegurados. Ainda segundo a Corte, caso o Parlamento, nesse prazo, quedasse inerte, “justiça e equidade” exigiriam que a legislação ordinária passasse a ser interpretada de forma a garantir o casamento civil entre homossexuais. Por meio de típica *sentença aditiva de princípios*, a Corte permitiu dialogicamente ao Parlamento dar a última palavra sobre o tema. Claro, desde que dentro dos parâmetros principiológicos definidos. Dentro do prazo, o Parlamento, composto majoritariamente por membros comprometidos com a proposta originária de constitucionalismo transformativo, cumpriu a decisão e confeccionou a lei protegendo os direitos dos homossexuais.

Essa postura dialógica tem sido observada também em matéria de direitos socioeconômicos. A paradigmática decisão *Grootboom*⁴⁰³ é o ponto de partida e melhor exemplo. No emblemático caso, um grupo de pessoas muito pobres, sofrendo condições terríveis de sobrevivência, buscara obrigar judicialmente o governo federal a provê-los com chances dignas de moradia. A Corte Constitucional reconheceu explicitamente a justiciabilidade dos direitos socioeconômicos, no caso concreto o direito à moradia previsto na s. 26 da *CRSA*, e o dever de o governo prover as condições necessárias para o exercício desses direitos. Porém, ela também ponderou que esses direitos deveriam ser progressivamente realizados pelo governo no âmbito de políticas públicas, por meio de “medidas razoáveis” e dentro dos “recursos orçamentários disponíveis”. Sem que tenha exigido ações concretas e imediatas, a Corte Constitucional interferiu, em alguma medida, nas prioridades do governo, entrando assim em um diálogo em torno de políticas públicas.⁴⁰⁴

Não se pode descartar a faceta estratégica no *ativismo dialógico* de *Grootboom*. A afirmação pela Corte de seu poder de intervir sobre as políticas públicas em torno dos direitos sociais, mas sem exigir medidas imediatas do governo, pode muito bem ter sido uma decisão consciente de que uma ordem de implementação concreta e urgente do direito à moradia poderia ser inócua, haja vista a provável recusa do Poder Executivo em cumpri-la. Situação dessa espécie seria um fato muito negativo para a legitimidade da Corte Constitucional, que

⁴⁰³ *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*, 2001(1) SA 46 (SC).

⁴⁰⁴ Mark Tushnet, **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Op. cit., p. 244, defende que em *Grootboom* os direitos sociais foram tratados como “fracos” (*weak rights*), o que foi “consistente com a linguagem da Constituição [sul-africana], e particularmente com a sua exigência de razoabilidade”.

veria sua decisão ser descumprida por razões que poderiam sugerir sua inabilidade em discernir os limites orçamentários do governo ou mesmo sua falta de compromisso para com a separação de poderes. O diálogo, muitas vezes, cumpre tanto funções democráticas quanto propósitos estratégicos em vista do cumprimento não imediato, mas a médio e longo prazo das decisões.

Os exemplos canadense e sul-africano apresentam elementos de extrema valia para o debate sobre os diálogos institucionais. Eles demonstram que uma Corte Suprema ou Constitucional pode ser ativista na garantia de direitos fundamentais e ainda assim interagir com os outros poderes políticos sobre temas moral e politicamente relevantes e divisivos, ou que exijam escolhas alocativas de recursos. A tolerância maior com reversões legislativas das decisões judiciais, o uso do princípio da proporcionalidade como justificativa da decisão, as sentenças aditivas de princípio e a modulação temporal dos efeitos são posturas e técnicas que favorecem o diálogo das Cortes com os outros poderes como forma de assegurar a melhor e mais legítima maneira de realização dos valores constitucionais. Esses mecanismos são todos possíveis e bem vindos na prática da declaração do estado de coisas inconstitucional. Significa dizer: a formulação, implementação e monitoramento das políticas públicas voltadas à superação desse estado pode ser uma empreitada dialógica.

4.4.3 Os diálogos institucionais e o Supremo Tribunal Federal

De uma perspectiva descritiva, a prática de diálogos institucionais não tem sido estranha ao processo de interpretação constitucional desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente, no que se refere às hipóteses de reversão legislativa de suas decisões e de modulação temporal da eficácia das decisões como forma de outorgar prazo para que o Parlamento produza a legislação necessária e em relação à qual este quedara até então inerte. No primeiro caso, em diferentes oportunidades, a “palavra final” sobre a “questão mais ampla” em debate tem sido do Parlamento, não obstante decisões iniciais em sentido contrário do Supremo; no segundo caso, diante de omissões legislativas típicas, o Supremo, muitas vezes, tem evitado preencher diretamente a lacuna legislativa, dando prazo para que o próprio legislador o faça. Em ambos os casos, a norma definitivamente construída é fruto da interação das duas instituições.

Com efeito, em meio a reversões legislativas dos precedentes da Corte, o Congresso Nacional, em diferentes oportunidades, tem procurado contornar, na prática, algumas decisões do Supremo. Trata-se da chamada “correção legislativa da jurisprudência”, explorada, entre

nós, primeiramente, pelo Mestre Ricardo Lobo Torres, embora sob perspectiva negativa.⁴⁰⁵ Mormente por meio de emendas constitucionais, o Congresso vem aprovando novas normas para assegurar efeitos jurídicos que, em decisões anteriores, o Supremo havia recusado por motivo de inconstitucionalidade. Essa prática legislativa, longe de poder ser considerada uma *afrenta institucional*, deve ser mais bem compreendida como salutar abertura ao diálogo constitucional,⁴⁰⁶ impedindo que prevaleça, na prática, a “palavra final” da Corte, exatamente como ocorre com a prática da Suprema Corte do Canadá.

Por exemplo, no RE 153.771/MG,⁴⁰⁷ o Supremo negou que as alíquotas do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) pudessem ser progressivas em função de sua base de cálculo (valor venal dos imóveis), haja vista a natureza real desse imposto. Segundo a Corte, havia previsão expressa de progressividade do IPTU apenas para atendimento de fins extrafiscais (impor o cumprimento da função social da propriedade; art. 182, da Constituição), não sendo então legítima a progressividade para fins fiscais. Foi então editada a EC 29/2000, alterando o §1º do art. 156 para afastar as premissas que conduziram a Corte ao referido julgamento de inconstitucionalidade, fazendo constar, expressamente, permissão aos municípios para instituírem alíquotas progressivas em razão simplesmente do valor do imóvel. Posteriormente, em sede de controle incidental, o Supremo, por unanimidade, afirmou a constitucionalidade dessa EC 29/2000 e a legitimidade da “correção legislativa” em favor do novo regime de tributação progressiva do IPTU.⁴⁰⁸

Em outro caso tributário, o Supremo julgou inconstitucional a cobrança, pelos municípios, de taxa de iluminação pública, por considerar o serviço de iluminação pública “inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte”.⁴⁰⁹ Como a instituição de taxas deve pressupor serviços públicos “específicos e divisíveis” (art. 145, II da Constituição de 1988), a cobrança foi declarada inconstitucional. Para o Supremo, esse serviço deveria ser custeado pelos impostos municipais em geral. Editou-se então a EC 39/2002, acrescentando o art. 149-A à Constituição, para criar a figura esdrúxula da Contribuição de Iluminação Pública (COSIP) – exação destinada a obter dos

⁴⁰⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 358: para Lobo Torres, a correção legislativa da jurisprudência do Supremo “importa em profunda transformação do equilíbrio entre os poderes do Estado, com a superação da doutrina de que o Judiciário só pode ser objeto de autocontrole (*judicial self-restraint*)”.

⁴⁰⁶ Cf. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Op. cit., pp. 401/410; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. cit., pp. 289/315. No direito norte-americano, cf. FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**. Op. cit., p. 200 et seq.

⁴⁰⁷ STF – Pleno, RE 153.771/MG, Rel. p/ac. Min. Moreira Alves, j. 20/11/1996, DJ 05/09/1997.

⁴⁰⁸ STF – Pleno, RE 423.768/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/12/2010, DJ 10/05/2011.

⁴⁰⁹ STF – Pleno, RE 233.332/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 10/03/1999, DJ 14/05/1999.

contribuintes recursos exclusivos para o custeio da iluminação pública. No RE 573.675/SC,⁴¹⁰ o Supremo julgou constitucional a COSIP, considerando-a um “tributo de caráter *sui generis*” que “se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”.

De outro modo, existem também exemplos em que a reação legislativa não seguiu uma adequação prévia do Texto Constitucional aos fundamentos da decisão do Supremo como condição para passar a nova legislação ordinária, mas uma tentativa de correção em sentido estrito, com o Congresso aprovando diretamente nova lei ordinária em claro desafio à interpretação constitucional do Supremo. Os casos da “extensão do foro por prerrogativa de função” (ADI 2.797/DF) e da “aposentadoria especial de professores” (ADI 3.772) são exemplos da espécie. No primeiro caso, em criticável postura de *ativismo judicial antidualógico*,⁴¹¹ o Supremo negou a competência constitucional do Congresso de “afrontar” sua interpretação constitucional; no segundo caso, em sentido absolutamente contrário, prestigiando o papel do Congresso na concretização da Constituição e favorecendo uma dinâmica dialógica de nossos processos político-institucionais, o Supremo admitiu a reversão legislativa direta de suas decisões e julgou legítima a praticada no caso concreto.

Na ADI 2.797/DF,⁴¹² a maioria do Supremo negou a possibilidade de uma lei ordinária realizar uma interpretação de dispositivo da Constituição contrária à sua interpretação constitucional anterior. No caso, estava em jogo a pretensão do legislador ordinário, por meio da Lei nº 10.628/2002, de desafiar a interpretação anterior do Supremo sobre o tema da “extensão do foro especial por prerrogativa de função para depois do exercício da função pública”. Julgando o Inquérito nº 687,⁴¹³ o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, cancelando a Súmula nº 384,⁴¹⁴ concluiu que o foro especial por prerrogativa de função não seria aplicável em relação aos atos praticados durante o exercício da função pública se o acusado tiver deixado o cargo público antes do início do inquérito ou da ação penal. Para a Corte, essa solução não estava de acordo com a interpretação que o princípio da isonomia impunha.

O legislador federal, por meio da Lei 10.628/2002, tentou reverter a situação constituída pela nova decisão do Supremo e, com isso, restaurar o *status quo* da Súmula nº

⁴¹⁰ STF – Pleno, RE (RG) 573.365/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/03/2009, DJ 22/05/2009.

⁴¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al* (Org.) **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodium, 2011, p. 541-594.

⁴¹² STF – Pleno. ADI 2.797/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15/09/2005, DJ 19/12/2006.

⁴¹³ STF – Pleno, Inq nº 687 – QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25/08/1999, DJ 09/11/2001.

⁴¹⁴ Súmula nº 384 (editada sob a égide da CF/46): “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

384.⁴¹⁵ A maioria da Corte não admitiu esse desafio, tendo julgada a lei inconstitucional por vício formal. O ex-ministro Pertence, relator da ação, qualificou tal postura do legislador como sendo a de um “desconcerto institucional” e defendeu a inconstitucionalidade *formal* da lei, o que significou a absoluta falta de *autoridade política* do legislador infraconstitucional *para legislar*. Afirmou Sepúlveda Pertence que, além de fundamentos puramente dogmáticos, “razões de alta política institucional” são impostas à Corte para “repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental”. Exercício legislativo dessa espécie, argumentou, deve ser encarado como pretensão de inverter a leitura da Constituição feita pelo órgão da jurisdição constitucional, uma usurpação do papel institucional da Corte de “guarda da Constituição”.

A decisão, como justificada, ignora qualquer legitimidade de uma interpretação da Constituição como diálogo entre as instituições.⁴¹⁶ O papel institucional do Supremo Tribunal Federal, como descrito por Sepúlveda Pertence, não seria o de “guarda da Constituição”, mas o de *senhor da Constituição*. Seu comportamento não é o de proteger a Constituição, mas o de tomá-la apenas para si. Vale aqui dizer que a Corte foi só *Supremo* e nada *Tribunal*.⁴¹⁷ Já no caso da “aposentadoria especial de professores”, o Supremo comportou-se de modo diametralmente oposto, não só admitindo a possibilidade de o legislador alterar sua interpretação constitucional anterior, como julgando constitucional esse exercício concreto.

Em diversos julgamentos anteriores,⁴¹⁸ o Supremo havia fixado a interpretação de que a expressão “funções de magistério”, prevista no §5º do art. 40 da Constituição Federal de 1988, para efeito de cômputo de tempo de aposentadoria especial para a carreira de professor, deveria ser compreendida estritamente como *funções de docência exercidas em sala de aula*. A Corte chegou a sumular esse entendimento para dizer que “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de sala de aula”.⁴¹⁹ Essa orientação foi posteriormente desafiada pela Lei federal nº 11.301/2006, segundo a qual,

⁴¹⁵ Foi introduzido o § 1º ao artigo 84 do CPP: “a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece, ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”.

⁴¹⁶ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review** Vol. 91 (4), 1993, pp. 577/658: “o processo de interpretar a constituição é interativo. É dialógico. Cortes cumprem um papel proeminente, mas seguramente não são a única voz no diálogo.”

⁴¹⁷ BARKOW, Rachel E. More Supreme than Court? **Columbia Law Review** Vol. 102 (1), 2002, p. 336. Fundamento semelhante pode ser encontrada na ADI 3.345/DF (Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/08/2005, DJ 20/08/2010). Nesta ação, em seu voto como relator, o ministro Celso de Mello falou em “singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”.

⁴¹⁸ Entre outros, STF – Pleno. ADI 152/MG, Rel Min. Ilmar Galvão, j. 18/03/1992, DJ 24/04/1992; STF – Pleno. ADI 122/DF, Rel Min. Paulo Brossad, j. 18/03/1992, DJ 16/06/1992; STF – Pleno. ADI 2.253/ES, Rel Min. Maurício Corrêa, j. 25/03/2004, DJ 07/05/2004.

⁴¹⁹ STF – Súmula 726, Sessão Plenária de 26/11/2003, DJ 11/12/2003.

“funções de magistério”, para efeito de concessão de aposentadoria especial aos professores, deveria passar a ser compreendida como as “exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas” incluídas, “além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.”

A constitucionalidade da lei foi impugnada por meio da ADI 3.772/DF.⁴²⁰ A ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República que defendeu, entre outras coisas, que a lei violava os mencionados precedentes do Supremo, inclusive a Súmula 726, que restringiam o alcance da expressão “funções de magistério” apenas às atividades de docência propriamente ditas. O Supremo recusou os argumentos do Procurador-Geral e aceitou a superação, por lei ordinária, de sua interpretação do art. 40, §5º da Constituição, mudando, ele mesmo, sua orientação quanto ao tema.⁴²¹ O Supremo aceitou o diálogo, entrou no debate sobre os significados constitucionais com o legislador ordinário e permitiu que a Constituição fosse desenvolvida também fora de sua arena, exatamente como deve ocorrer em uma democracia que funciona.

A modulação temporal da eficácia de suas decisões também tem sido um instrumento utilizado pelo Supremo para permitir um diálogo com o legislador em torno da interpretação constitucional. Em diversas ocasiões, o Supremo reconheceu a inércia legislativa para dar efetividade a regras e princípios constitucionais, porém, mesmo assim, evitou substituir de imediato o legislador para, prospectando os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, conceder prazo que esse último atuasse. Merece destaque a decisão sobre os critérios legais de rateio do Fundo de Participação dos Estados. O Tribunal havia julgado inconstitucional, com grande potencial de repercussão macroeconômica sobre a Federação, os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, estabelecidos na LC 62/1989, por estarem desatualizados em face do contexto socioeconômico contemporâneo e, por isso, não servirem para a promoção do equilíbrio federativo.⁴²²

A Corte modulou no tempo os efeitos da decisão para que o Congresso aprovasse as novas regras de rateio até 31 de dezembro de 2012. Neste caso, o Congresso Nacional também não “cumpriu” o prazo. Diante da reiterada omissão, Governadores de Estado propuseram Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão requerendo a manutenção dos

⁴²⁰ STF – Pleno, ADI 3.772/DF, Rel. p/ ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29/10/2008, DJ 29/10/2009.

⁴²¹ Em sede de interpretação conforme, o Supremo julgou parcialmente procedente a ação apenas para excluir a figura do “especialista em educação” da possibilidade do benefício de aposentadoria especial, para deixar apenas a do “professor”, como consta textualmente na Constituição. Em seu voto, de total improcedência da ação, a ex-ministra Ellen Gracie fez uma observação interessante sobre essa ressalva da maioria: “Vai ser difícil encontrar um especialista em educação que não seja professor”. Vale o registro.

⁴²² STF – Pleno, ADI 875/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/02/2010, DJ 30/04/2010.

critérios da LC 62/1989 até que a nova lei fosse editada. O Ministro Ricardo Lewandowski, no exercício da presidência da Corte, em 1º de fevereiro de 2013, concedeu liminar outorgando mais 150 dias de prazo de vigência dos critérios antigos na esperança que sobreviesse a lei necessária.⁴²³ Em 17 de julho de 2013, pouco mais de 150 dias depois da decisão, foi editada a Lei Complementar nº 143, de 17 de julho de 2013, vindo, assim, o Congresso a responder ao chamado do Supremo.

Com exceção da infame ADI 2.797/DF, esses casos servem para demonstrar, assim como as opiniões de alguns ministros envolvidos, que o Supremo tem, em diferentes oportunidades, se engajado ou, ao menos, procurado se engajar em um diálogo com o Parlamento em torno da concretização da Constituição e que isso é uma postura adequada diante de nosso sistema constitucional e democrático de governo. A Corte deve respeitar o espaço de decisão política do legislador e, ao mesmo tempo, incentiva-lo a tomar essas decisões. E assim o tem feito em algumas oportunidades relevantes. Essa mesma postura deve ser adotada diante dos casos de correção da omissão legislativa inconstitucional como proteção deficiente de direitos fundamentais. E mais: como abordo no último Capítulo, essa postura é uma possibilidade para o Supremo começar a trabalhar com a declaração do estado de coisas inconstitucional.

4.5 A legitimidade do “ativismo judicial estrutural dialógico”

Nos Capítulos anteriores e nos tópicos deste Capítulo, fixei as seguintes premissas:

- (i) a noção tradicional de omissão legislativa inconstitucional deveria ser revista, sendo ampliados os seus pressupostos para além de enunciados constitucionais autoaplicáveis e ordens expressas de legislar;
- (ii) a omissão legislativa inconstitucional deve ser identificada com a proteção deficiente de direitos fundamentais, com a inobservância da ordem objetiva de valores, o que é independente da tipologia dos enunciados constitucionais;
- (iii) a própria configuração da omissão inconstitucional deve ser ampliada para alcançar casos de proteção deficiente de direitos fundamentais que decorram de falhas estruturais, verificada a falta de coordenação entre leis existentes e o estágio de sua implementação por meio de políticas públicas;

⁴²³ STF, ADO 23/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski, de 01/02/2013.

- (iv) o estado de coisas inconstitucional é um estágio avançado de omissão inconstitucional: consiste em quadro de violação massiva de direitos fundamentais decorrentes de falhas estatais estruturais, decorrentes e agravadas em razão de inércias legislativa, administrativas e de bloqueios políticos ou institucionais generalizados;
- (v) a superação do estado de coisas inconstitucional apenas é possível por meio da atuação estrutural coordenada, ou seja, de diversos atores sociais e políticos impulsionados pela intervenção judicial, máxime pela interferência na formulação, implementação e monitoramento de políticas públicas;
- (vi) a declaração do estado de coisas inconstitucional e os remédios estruturais que a seguem caracterizam o ativismo judicial de dimensão predominantemente estrutural;
- (vii) diferentes dimensões do ativismo judicial, inclusive a estrutural, não podem ser consideradas aprioristicamente ilegítimas, salvo a dimensão antidialógica, na qual configurado o padrão de supremacia judicial;
- (viii) compatível com a noção anterior, a prática de diálogos institucionais serve a legitimar o ativismo judicial ao diferenciá-lo da afirmação de supremacia judicial.

As premissas fixadas conduzem à tese de ser o ativismo judicial, presente na afirmação do estado de coisas inconstitucional e na prática de superar esse estado, legítimo se atendidas certas condições. Atendimento esse que refuta as objeções descritas no tópico 2, *supra*. Os próprios pressupostos do estado de coisas inconstitucional – a violação massiva de direitos fundamentais decorrente de e agravada por falhas estatais estruturais – servem para colocar em xeque as objeções segundo as quais o legislador é o mais legitimado para dizer sobre os anseios e as necessidades dos membros da sociedade, mais institucionalmente capacitado para assegurar e proteger direitos fundamentais, e que a intervenção judicial prejudica o autogoverno popular. A ideia de diálogos institucionais, por sua vez, dirige-se a minimizar riscos de supremacia judicial. Este tópico tem por objetivo desenvolver como a satisfação dessas condições, resultando no ativismo judicial estrutural dialógico, responde a exigências de legitimidade, ou seja, de aceitação do ponto de vista do sistema político e democrático.

4.5.1 Superando bloqueios políticos

A objeção, desenvolvida por James Bradley Theyer, segundo a qual o avanço do poder judicial pode minar os incentivos institucionais do legislador, o qual deve ter primazia na formulação das normas, apenas se sustenta diante de um Poder Legislativo em pleno funcionamento, com todos os canais políticos desobstruídos e sentindo-se os membros da sociedade realmente representados pelos agentes políticos eleitos. Embora o ativismo judicial, realmente, produza riscos para a democracia, a intervenção judicial ativista se justifica se verificado, como pode ocorrer no caso do estado de coisas inconstitucional, padrão elevado de inércia ou omissão legislativa frente à situação de violação massiva de direitos fundamentais. Não se trata de argumentar pura e simplesmente contra concepções idealizadas e irreais do funcionamento da democracia parlamentar, e sim de constatar situações concretas de “bloqueio institucional ou político que impede a realização de direitos”.⁴²⁴

Presentes situações de paralisia parlamentar sobre determinadas matérias, aptas a gerarem o estado de coisas inconstitucional, o ativismo judicial revela-se o único instrumento, ainda que longe do ideal em uma democracia, para fazer a máquina estatal funcionar. No estado de coisas inconstitucional, operam estruturas políticas fracassadas, políticas públicas ineficientes, de resultados indesejados que implicam a violação generalizada de direitos fundamentais. Bloqueios ou desacordos políticos insuperáveis, pontos cegos legislativos, temores de custos políticos e falta de interesse na representação de certos grupos sociais minoritários ou marginalizados são fatores de incapacidade da democracia parlamentar para resolver problemas de direitos fundamentais. São falhas estruturais que implicam a renúncia à ou a debilidade de formulação de políticas públicas minimamente eficientes. Nesse cenário de fracasso legislativo, a objeção democrática ao ativismo judicial estrutural não possui qualquer sentido prático.

No caso da população deslocada de suas casas em razão da violência interna na Colômbia, a Corte Constitucional deparou-se com um quadro de fracasso absoluto do legislador que estava não só na origem da violação massiva de direitos básicos dessa população, mas também agravava a situação inconstitucional. Foi justamente a intervenção da Corte que fez com que os agentes públicos saíssem do estado de omissão e tivesse início a formulação e implementação de políticas públicas voltadas a superar as violações de direitos. Da inoperância estatal ao processo de superação progressiva do estado de coisas inconstitucional, a mudança de comportamento teve início apenas após a intervenção ativista da Corte Constitucional. O vazio de políticas públicas, a começar pela omissão legislativa

⁴²⁴ GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Op. cit., p. 39.

inconstitucional, só foi preenchido com as ordens estruturais emanadas da Corte. Daí não fazer qualquer sentido opor ao trabalho da Corte a primazia de um legislador que simplesmente não atuava.

4.5.2 Superando bloqueios institucionais

No tocante ao argumento da capacidade institucional superior do Legislativo e do Executivo, em matéria de políticas públicas, em comparação ao do Judiciário, revela-se difícil sustentá-la em um cenário de falhas estruturais próprias do estado de coisas inconstitucional. É a atuação deficiente do Estado, a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficientes que geram e agravam a violação massiva de direitos fundamentais, a ponto de ser necessária a intervenção judicial. Daí parecer irreal o argumento comparativo das capacidades institucionais para refutar o ativismo judicial se é justamente a incapacidade das instituições legislativa e administrativa que implicou o estado de coisas inconstitucional. Nesse estado, a Corte depara-se com a falta de coordenação entre órgãos do Estado e busca, por meio dos remédios estruturais, ajustar o funcionamento dessas instituições. Em vez de atuar contra as capacidades das outras instituições, o ativismo judicial estrutural procura articular ou arrumar essas capacidades.

César Rodríguez Gravito e Diana Rodríguez Franco, referindo-se ao caso da população deslocada na Colômbia e à correlata *Sentencia T – 025*, de 2004, da Corte Constitucional, defende que decisões estruturais da espécie possuem um “efeito desbloqueador” em face de problemas endêmicos de (falta) de capacidade institucional dos órgãos de governo. Segundo os autores, apoiados em Mangabeira Unger,

[...] parte do efeito do desbloqueio institucional gerado pela sentença tem consistido em incentivar a construção de capacidades institucionais básicas, como o levantamento de informação, a aprovação de recursos e a articulação entre o Estado central e os governos provinciais e locais. Tudo isso dentro do contexto de um Estado que se caracteriza por uma combinação singular de, por um lado, nichos de excelência em alguns setores da burocracia nacional e, por outro lado, uma marcada debilidade e captura institucional em outros setores dessa burocracia e, sobretudo, das administrações provinciais e municipais.

[...]

Se trata de uma função desestabilizadora do direito e dos direitos: o que se busca desestabilizar é precisamente o equilíbrio institucional perverso que bloqueia o funcionamento da democracia e o cumprimento dos direitos. Estes “direitos desestabilizadores” justificam o ativismo judicial estrutural na medida em que pretendem “estremecer e abrir as instituições públicas que têm tido falhas crônicas

no cumprimento de suas obrigações e que se mostram impermeáveis aos mecanismos usuais de responsabilidade política (*accountability*)”.⁴²⁵

De acordo com a opinião dos autores, em vez de ignorar as capacidades institucionais dos outros poderes, a Corte Constitucional colombiana atuou em favor da construção e coordenação dessas capacidades em um cenário de inércia ou deficiência estatal prolongada ou permanente. Ao elaborar e distribuir ordens estruturais, a Corte Constitucional dinamizou e coordenou a atuação das entidades políticas e administrativas antes inertes e omissas, permitindo-as transformar em ação a capacidade institucional bloqueada. A Corte revela-se um agente de fomento da ação estatal. Em vez de substituir aos demais poderes, oferece os incentivos e parâmetros necessários para atuação de cada um conforme capacidade institucional própria. Em suma, a Corte acaba favorecendo a capacidade institucional dos outros poderes por meio do efeito desbloqueador do ativismo judicial estrutural.

4.5.3 Aumentando a deliberação e a participação popular

Quanto ao argumento *waldroniano* da supremacia parlamentar ante o direito incondicional dos cidadãos de resolverem as divergências sobre direitos e princípios entre eles mesmos, ou seja, o argumento da maior participação política dos cidadãos e do autogoverno popular, há de reconhecer-se sua absoluta improcedência em um cenário de violação massiva de direitos fundamentais de uma parcela da sociedade. Como defender o prestígio maior da autonomia e da responsabilidade política de cada pessoa, como objeção ao ativismo judicial, se parcela significativa da sociedade não goza sequer de direitos básicos que lhes assegurem o mínimo existencial justamente por causa de falhas estruturais iniciadas pela deficiência do processo legislativo? Na realidade, a proposta *waldroniana* apenas serviria para manutenção do *status quo* ou à piora da situação daqueles excluídos do processo político por não serem titulares sequer de direitos essenciais de sobrevivência.⁴²⁶

⁴²⁵ GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Op. cit., p. 50. (citações omitidas) Para os autores, na *Sentencia* T – 025, de 2004, a Corte remediou, “ao menos parcialmente, a inércia institucional em temas como o orçamento dedicado à atenção aos deslocados, a reativação do inoperante sistema de coordenação institucional, e a expedição de alguns programas de emergência” (p. 51). Sobre “direitos desestabilizadores”, cf. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. **Harvard Law Review** Vol. 117, 2004, p. 1.016-1.101: “direitos desestabilizadores” são voltados a “transformar uma instituição que tem sistematicamente falhado em cumprir suas obrigações e permaneceu imune às forças tradicionais de correção política”.

⁴²⁶ Sobre a titularidade de direitos básicos como condições iniciais da participação política e deliberativa do cidadão em uma democracia, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação Pública, Constitucionalismo e

No mais, a intervenção judicial estrutural pode ter o efeito de incluir novos atores sociais no debate sobre direitos fundamentais, em vez de excluir a participação popular nas decisões fundamentais como argumenta Waldron. Como exposto no Capítulo III, tópico 5, decisões estruturais, como a *Sentencia* T – 025, de 2004, podem ter efeitos diretos e indiretos de incluir movimentos e associações de defesa de direitos nas discussões sobre os temas políticos e sociais essenciais e de provocar reações e mobilizações sociais em torno da implementação das medidas adotadas. Podem também mudar a opinião pública sobre a gravidade ou urgência do problema de violação de direitos, o que pode influenciar o comportamento dos atores políticos em favor dos destinatários dos direitos fundamentais. Significa dizer: em vez de substituir o debate popular ou a mobilização social, o ativismo judicial estrutural pode ampliar esse debate, trazendo novos atores, focos e parâmetros. Em suma, pode ampliar os participantes do debate e os canais de soluções democráticas.

4.5.4 Evitando a supremacia judicial

Como exposto até aqui, o atendimento aos pressupostos próprios de configuração do estado de coisas inconstitucional refuta objeções de ordem democrática e institucional ao ativismo judicial estrutural. Resta responder ao argumento do constitucionalismo popular contra os riscos da supremacia judicial. No ativismo judicial estrutural, cortes possuem a última ou mesmo a única palavra? É possível o ativismo judicial estrutural não converter-se em supremacia judicial? Como disposto no tópico 4 deste Capítulo, isso é possível se cortes combinarem as dimensões estrutural e dialógica do ativismo judicial, ou seja, se praticarem o ativismo judicial estrutural dialógico – prática por meio da qual a corte interfere sobre as decisões e ações de diferentes atores de governo, sobre a formulação e implementação de políticas públicas, mas sem excluir a participação e margens de liberdade decisória desses atores sobre como superar os problemas estruturais.

A legitimidade da atuação expansiva de juízes e cortes, sob o ponto de vista democrático e político, no enfrentamento de crises sociais estruturais é sempre problemática. O ativismo judicial não pode ser negado, e o risco de supremacia judicial, ignorado. Os remédios estruturais, destinados a remodelar políticas públicas ou institutos legislativos e administrativos fracassados,⁴²⁷ representam interferência inequivocamente forte sobre os

Cooperação Democrática. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 44 et seq.

⁴²⁷ Cf. tópico 4 do Capítulo III.

espaços de atuação dos outros poderes. De outro lado, nos litígios estruturais, que compõem a essência do estado de coisas inconstitucional, são os Poderes Legislativo e Executivo que possuem as ferramentas institucionais apropriadas para tocar as políticas públicas, embora, por razões diversas, não as estejam utilizando ou, ao menos, não eficazmente. Daí a necessidade de cortes, do ponto de vista pragmático, e não só democrático, determinarem a formulação e a implementação de políticas públicas sem abrir mão do potencial institucional dos outros poderes.

Como alcançar essa fórmula dialógica, de participação conjunta e coordenada de poderes em litígios estruturais? Buscando harmonizar o ativismo judicial com a proposta de diálogos institucionais, Paul Rouleau e Linsey Sherman enfatizam serem preferíveis “ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória” a “ordens detalhadas sujeitas à execução se desrespeitada”.⁴²⁸ Tradicionalmente, juízes proferem decisões contendo ordens muito detalhadas e rígidas, sujeitas a execução foçada se não cumpridas. Essa noção corresponde à concepção ortodoxa de separação de poderes. Ordens dessa natureza são constituídas de escolhas políticas e técnicas precisas tomadas diretamente pelos juízes, o que faz sobressair o caráter intervencionista da medida. Decisões da espécie merecem críticas porque, embora juízes tenham a capacidade de realizar desbloqueios políticos e institucionais, realmente carecem da expertise e informações necessárias para detalhar o conteúdo das políticas públicas.

Ao formular ordens flexíveis, juízes buscam o equilíbrio entre fazer valer direitos constitucionais e respeitar o papel político e a capacidade institucional do Legislativo e do Executivo. Envolvidos direitos fundamentais e os mecanismos adequados e eficientes para torná-los efetivos, cortes devem assegurar que os outros poderes envidem os melhores esforços para alcançar essa efetividade, deixando, contudo, os detalhes sobre esses meios para legisladores e administradores. As cortes devem apontar a omissão estatal inconstitucional e a consequente violação massiva de direitos, fixar parâmetros e até prazos para a superação desse estado, mas devem deixar as escolhas técnicas de meios para os outros poderes. Remédios flexíveis são modelados pelas cortes para serem cumpridos, implementados, mas deixando margens de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros poderes de forma a permitir que efetivamente cumpram essas ordens.

As ordens flexíveis são melhor cumpridas se a fase de implementação da decisão recebe o monitoramento da própria corte. Os juízes, que determinaram a superação do estado

⁴²⁸ ROULEAU, Paul; SHERMAN, Linsey. *Doucet-Boudreau*, Dialogue and Judicial Activism: Tempest in a Teapot? *Ottawa Law Review* Vol. 41 (2), 2009, p. 171-206.

de coisas inconstitucional, mas deixaram margens de escolhas aos outros poderes acerca da forma adequada para o cumprimento dessa tarefa, devem reter jurisdição sobre o sucesso dos meios escolhidos. O acompanhamento permite aos juízes, uma vez devidamente informados, tomarem medidas capazes de assegurar a implementação das ordens, o que contribui para soluções superiores comparadas a eventuais decisões unilaterais. O monitoramento, envolvido em audiências públicas e com a participação ampla da sociedade civil, permite aos juízes saber se as instituições democráticas estão progredindo ou se os bloqueios se mantiveram. Atuando assim, em vez de supremacia judicial, as cortes, por meio de remédios estruturais flexíveis e sob supervisão, promovem o diálogo amplo entre as instituições e a sociedade.

Ordens flexíveis acompanhadas de monitoramento podem, portanto, ser superiores às ordens detalhas e rígidas não apenas sob as óticas democrática e política, mas também quanto aos resultados desejados. Ordens minuciosas são mais ambiciosas sob a perspectiva da pretensão do juiz que a profere, mas enfrentam resistências e limitações fáticas que as tornam decepções práticas. Além de poder dificultar a deliberação sobre a fase de implementação das medidas, ordens detalhadas e inflexíveis não são aptas a resolver as dificuldades e complexidades inerentes às políticas públicas deficientes. Daí por que, seja em razão de virtudes democráticas, seja em razão das vantagens pragmáticas, o ativismo estrutural deve ser dialógico, o que significa ser levado a efeito mediante ordens flexíveis e sujeitas a monitoramento periódico durante a fase de implementação.

Isso ocorreu na *Sentencia T – 025*, de 2004, onde a Corte Constitucional colombiana preocupou-se com a fase de implementação de suas ordens estruturais e, neste ponto, buscou o diálogo com os demais poderes e com diferentes setores da sociedade. A Corte interveio na confecção e execução de políticas públicas, dirigindo ordens à ampla estrutura de poderes e órgãos envolvidos, sem, contudo, fixar os detalhes do plano de ação. A Corte versou sobre os procedimentos e as autoridades competentes para atuar em favor da superação do estado de coisas inconstitucional, nada dispondo sobre o conteúdo das políticas e dos programas a serem realizados. A Corte fixou prazos para que fossem desenhadas novas políticas e convocou audiências públicas periódicas, com a participação de atores estatais e sociais, para discutir a elaboração e a implementação dessas políticas. Esses mecanismos de monitoramento acabaram criando “espaços de deliberação e foram alternativas inovadoras e potencialmente democratizantes da aplicação judicial dos direitos constitucionais”.⁴²⁹

⁴²⁹GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Op. cit., p. 15.

Essa perspectiva dialógica dos remédios estruturais, sem dúvida, implica inovações institucionais que podem melhor assegurar o cumprimento das decisões. Ao contrário do que se possa supor, essa visão fortalece a separação de poderes como coordenação de poderes.⁴³⁰ Focados mais uma vez na *Sentencia T – 025*, de 2004, da Corte Constitucional colombiana, César Rodríguez Gravito e Diana Rodríguez Franco descrevem os três traços representativos do ativismo judicial dialógico:

- (i) sentenças por meio das quais são ditadas ordens mais abertas comparadas às do “ativismo clássico”, permitindo, assim, “um processo de acompanhamento que alimenta a discussão de alternativas de políticas públicas para resolver o problema estrutural detectado na decisão. Os detalhes das políticas, portanto, tendem a surgir no transcurso do processo de acompanhamento, e não na própria sentença”;
- (ii) a implementação das decisões ocorre mediante mecanismos de monitoramento periódico e público: “ao manter sua competência sobre o caso depois da sentença, as cortes dialógicas costumam ditar novas decisões à luz dos avanços e retrocessos do processo, e alimentar a discussão entre os atores do caso em audiências públicas e deliberativas”;
- (iii) e em razão das características anteriores, “as decisões dialógicas tendem a envolver um espectro mais amplo de atores sociais no processo de monitoramento”, de modo que os debates sobre implementação da decisão alcançam “todos aqueles que, direta ou indiretamente, são afetados ou têm interesse no resultado do caso”.⁴³¹

Observados esses traços, resta evidenciado que o ativismo judicial estrutural, levado a efeito de maneira dialógica, por meio de remédios estruturais flexíveis e da deliberação periódica quando do monitoramento da implementação das decisões, responde satisfatoriamente às objeções que apontam os riscos da supremacia judicial. Juízes e cortes ativistas – e dialógicos – acusam o estado de coisas inconstitucional, apontam a violação

⁴³⁰ ROULEAU, Paul; SHERMAN, Linsey. *Doucet-Boudreau*, Dialogue and Judicial Activism: Tempest in a Teapot? **Ottawa Law Review** Vol. 41 (2), 2009, p. 206: “Alguns têm arguido que este tipo de ordem é desnecessariamente ativista e força a relação dialógica entre a corte e o executivo. Porém, muitos outros sugerem que, em alguns casos, jurisdição supervisória é a melhor opção para preservar a separação de poderes, manter um ambiente de mútuo respeito entre os poderes, e avançar o diálogo. Uma comparação entre as ordens detalhadas tomadas em alguns casos de direitos e as ordens flexíveis com jurisdição supervisória tomada em *Lavoie*, *Doucet-Boudreau* e *L'Association des Parents Francophones de la Colombie-Britannique* apoiam esta visão, e lança luzes sobre a extensão a qual a corte pode tornar-se envolvida nos detalhes onde uma ordem de jurisdição supervisória não é adotada.

⁴³¹ GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Op. cit., p. 55-56.

massiva de direitos fundamentais decorrentes de omissões estruturais, a começar pela legislativa, mas reservam aos poderes políticos e democráticos a escolha dos detalhes e especificidades para superar esse estado. Não se trata, como define Mark Tushnet, de “direitos fortes” e “remédios fracos”,⁴³² e sim de “direitos fortes” e “remédios flexíveis”, adequados à complexidade técnica e política inerente ao estado de coisas inconstitucional. Em síntese, em vez de supremacia judicial, o ativismo judicial estrutural dialógico promove desbloqueios políticos e institucionais e deliberação democrática.⁴³³

4.6 Uma construção teórica para o Brasil?

Em textos muitíssimos influentes, Bruce Ackerman advertiu dos perigos da importação acrítica de doutrinas e práticas constitucionais comparadas sob a perspectiva da existência de problemas comuns.⁴³⁴ A cautela sugerida pelo professor de Yale autoriza questionamentos sobre se a declaração do estado de coisas inconstitucional é uma possibilidade para o Brasil. Problemas comuns de violação massiva de direitos fundamentais se fazem presentes entre Brasil e Colômbia. Contudo, há diferenças institucionais importantes entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Constitucional colombiana, a começar pelo fato de o primeiro não ser uma autêntica corte constitucional. Como abordo no Capítulo seguinte, e último desta tese, o estado de coisas inconstitucional é: do ponto de vista descritivo, uma realidade brasileira em diferentes setores sociais; do ponto de vista normativo, uma boa oportunidade para o Supremo Tribunal Federal, corrigindo omissões inconstitucionais decorrentes de falhas estruturais e prejudiciais à efetividade dos direitos fundamentais, se agigantar como guardião da “Constituição como um todo”, e não apenas de enunciados constitucionais específicos e ordens expressas de legislar.

⁴³²TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University, 2008.

⁴³³GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transforme el desplazamiento forzado en Colombia**. Op. cit., p. 62: “Em síntese, o efeito desbloqueador e o efeito deliberativo da sentença respondem às objeções clássicas contra o ativismo judicial e ajudam a caracterizar o novo ativismo dialógico. Em conjunto, abrem as portas a um processo mais ou menos deliberativo de experimentação democrática alimentado pelas cortes, no qual um espectro expandido de atores sociais interatua e estabelece relações – às vezes, colaborativa, outras vezes, antagônicas – mediante as quais podem surgir propostas de solução a problemas sociais complexos”.

⁴³⁴ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. **Virginia Law Review** vol. 83 (4), 1997, p. 771-797; Idem. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review** Vol. 113 (3), p. 633-729.

5 UMA AGENDA PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL RELATIVO AO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

5.1 O estado de coisas inconstitucional como possibilidade para o Brasil

Como desenvolvido nos Capítulos anteriores, a intervenção judicial, realizada quando da declaração do estado de coisas inconstitucional, caracteriza-se como ativismo judicial estrutural e, satisfeitos requisitos próprios e não implicando supremacia judicial, revela-se postura judicial legítima. Dirigida a superar omissões estatais, a começar pela formulação deficiente de políticas públicas, juízes e cortes procuram defender a ordem objetiva de valores, a ideia de Constituição como um todo, o projeto constitucional originário. A preocupação é com a efetividade dos direitos fundamentais, com a proteção deficiente de direitos independentemente de tipologias normativas dos dispositivos constitucionais envolvidos. Neste Capítulo, afirmo que a prática, desenvolvida pela Corte Constitucional colombiana, é tanto uma possibilidade como uma necessidade em diferentes setores da vida social brasileira, particularmente, no caso do sistema carcerário brasileiro. Como se demonstrará, o estado de coisas inconstitucional pode ser um passo valioso para nosso controle da omissão estatal.

Em abstrato, no Brasil, requisitos institucionais e políticos são preenchidos para que, em concreto, estados de coisas inconstitucional sejam identificados e declarados pelo Supremo com toda a sorte de consequências próprias. Do ponto de vista institucional, nossa Constituição possui Carta de direitos e mecanismos processuais que permitem, respectivamente, a tutela objetiva de direitos fundamentais e a tomada de ordens estruturais voltadas à superação do estado. A fragilidade fica por conta do acesso por vezes elitizado à jurisdição do Supremo. No mais, a noção de direitos fundamentais como princípios objetivos já é bem difundida, faltando, como apontado no Capítulo II, vincular mais de perto a omissão legislativa inconstitucional à ideia de proteção deficiente desses direitos. As condições políticas revelam-se pela constante presença de bloqueios institucionais e políticos sobre temas diversos. São fatos políticos contemporâneos tanto que o Legislador brasileiro deixa de ocupar espaços importantes da vida do cidadão como a deficiência de políticas públicas no país. Em ambos os casos, o Supremo acaba chamado para preencher vazios de institucionalização.

5.1.1 Requisitos institucionais

Como toda constituição democrática contemporânea, a nossa de 1988 possui três eixos: (i) a previsão de um amplo catálogo de direitos fundamentais, veiculados tanto por meio de regras definitivas como mediante enunciados normativos vagos e indeterminados (princípios), e por meio do qual foi versado o equilíbrio de poder entre sociedade e Estado; (ii) a distribuição vertical de poderes entre os governos de diferentes níveis da Federação; (iii) a separação horizontal de poderes, presentes o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Não obstante, o eixo fundamental, legitimador da dinâmica dos demais, é o sistema de direitos fundamentais: o conjunto de dispositivos, uns mais, outros menos normativamente densos, que orientam e mesmo limitam o conteúdo das decisões políticas.

Trata-se de direitos negativos e positivos, de matrizes liberal e social, individuais e coletivos, a exigir do Estado o compromisso com o desenvolvimento da pessoa humana em bases livres e igualitárias. O Estado brasileiro é vinculado à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, incisos III e IV). Possui objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem geral, sem quaisquer preconceitos ou discriminações (artigo 3º). O constituinte ainda detalhou, no título “direitos e garantias fundamentais”, inúmeros direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º), direitos sociais⁴³⁵ (artigo 6º), direitos específicos dos trabalhadores urbanos e rurais (artigo 7º), inclusive associativos (artigo 8º), de greve (artigo 9º) e participativos (artigos 10 e 11), direitos da nacionalidade (artigos 12 e 13) e de participação política (artigos 14 a 17).

Existem, ainda, diversos dispositivos espalhados disciplinando direitos fundamentais diretamente ou protegendo-os por meio da imposição de deveres de conduta responsável aos titulares do poder público. Destaque para os direitos em face do exercício do poder de tributar (artigos 145, § 1º e § 2º, e 150 a 152), os princípios gerais da ordem econômica (artigo 170), diferentes direitos sociais – seguridade social [saúde, previdência social e assistência social], educação, cultura e desporto (artigo 194 a 217) –, o direito ao desenvolvimento científico e

⁴³⁵ Sobre a discussão em torno da fundamentalidade ou não dos direitos sociais no Brasil, cf. TORRES, Ricardo Lobo. A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais. **Arquivos de Direitos Humanos** nº 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 99-124; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 296 e ss; KRELL, Andréas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Safe, 2002.

tecnológico (artigos 218 e 219), à liberdade de imprensa e comunicação em geral (artigo 220 a 224), à proteção do meio ambiente (artigo 225), da família e de grupos vulneráveis como a criança, o adolescente, o jovem, o idoso e os índios (artigo 226 a 232). Há cláusula de abertura a outros direitos e garantias “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais” dos quais o Brasil seja signatário (artigo 5º, § 2º) e por meio da qual esses direitos foram elevados à categoria de cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º).

Essas características, em especial a de “cláusula pétrea”, revelam a pretensão do constituinte em estabelecer direitos fundamentais não apenas como direitos subjetivos, mas como “elementos da ordem jurídica objetiva da comunidade”. Significa dizer: são direitos que devem nortear a criação de todo o arcabouço jurídico brasileiro e a definição de políticas públicas, assim como a interpretação dessa mesma ordem, impondo a tomada de decisões que levem em conta a dimensão objetiva. Essa ideia foi desenvolvida no Capítulo II quando defendi a revisão dos pressupostos da omissão legislativa inconstitucional e, não por coincidência, serve como requisito teórico para a configuração possível do estado de coisas inconstitucional. Não poderia ser diferente: a declaração do estado de coisas inconstitucional é a defesa da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, marcante na Constituição colombiana e na brasileira.

A Constituição de 1988 também previu mecanismos institucionais que permitem ao Supremo declarar o estado de coisas inconstitucional e seguir com ordens estruturais dirigidas à superação desse estado. O mandado de injunção, abordado no Capítulo I, presta-se à superação de omissões legislativas e administrativas, sendo até possível a atuação normativa direta pelo juiz constitucional. Assim, em se tratando de litígios estruturais, envolvida a necessidade de fixação de parâmetros para formulação e implementação de políticas públicas, o mandado de injunção pode cumprir bom papel para superação da proteção deficiente de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Sua natureza de processo subjetivo e as dificuldades de abrangência em relação ao sistema federativo são, contudo, sinais de fraqueza.

Além do mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF e o recurso extraordinário com repercussão geral também podem ser utilizados. A arguição de descumprimento de preceito fundamental talvez seja a melhor medida para atacar o estado de coisas inconstitucional ante a sua natureza de processo objetivo e a abrangência de sua aplicação, o que permite maior utilidade frente a inconstitucionalidade decorrente de falhas estruturais. Criada pela Lei 9.982/99, o Supremo pode, por meio da ADPF, julgar de forma originária lesão ou evitar lesão a preceito

fundamental por ato normativo ou por lei federal, estadual ou municipal, mesmo se anteriores à Constituição de 1988. A figura do ato normativo é abrangente, incluída a omissão normativa, de modo que, podendo derivar de qualquer das três esferas federativas ou das três conjuntamente, a ADPF credencia-se como melhor remédio contra violação massiva de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais.

O ponto fraco fica por conta da legitimidade processual ativa, a mesma das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade. O artigo 2º, inciso I, conferiu à ADPF a mesma legitimidade processual ativa da ADI, ao passo que, no inciso II, conferiu legitimidade a todo e a qualquer cidadão para propor a ação para a defesa específica dos direitos fundamentais. Este último dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, sob a justificativa de proteger a funcionalidade da Corte. Na Constituição, no artigo 103, inciso IX, foi prevista a legitimidade para propositura dessas ações em favor das entidades de classe de âmbito nacional. Não obstante, o Supremo, por meio da interpretação constitucional, impôs restrições não previstas no texto a essa legitimidade.

Primeiramente, criou o requisito da *pertinência temática*, que “torna imprescindível, para efeito de acesso ao procedimento de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se evidencie um nexo de afinidade entre os objetivos institucionais da entidade que ajuíza a ação direta e o conteúdo material da norma por ela impugnada nessa sede processual”.⁴³⁶ Para a Corte, Governadores, Assembleias Legislativas e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, chamados de *legitimados ativos especiais*, não podem propor essas ações para discutir qualquer lei ou ato normativo, mas apenas normas que possam repercutir sobre seus interesses institucionais e políticos.⁴³⁷ Isso excluiu a possibilidade da defesa “altruísta” de direitos fundamentais por essas entidades.

O Supremo também impôs sérios limites subjetivos quanto ao termo “entidade de classe”, vinculando-o a uma noção exclusivamente econômica ou profissional, o que exclui as associações criadas pura e simplesmente para defesa de direitos fundamentais. Assim, por exemplo, impediu a legitimidade de associação civil de finalidade altruísta a propor essa espécie de demanda.⁴³⁸ Ademais, a Corte foi rígida na caracterização do “âmbito nacional” dessas entidades de classe, impondo-lhes possuir membros em pelo menos nove Estados da

⁴³⁶ STF – Pleno, ADI 1.096/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/03/1995, DJ 22/09/1995, p. 92.

⁴³⁷ Cf. COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden (Coord.). *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. Brasília: UnB, 2014. Disponível em: http://www.fd.unb.br/images/stories/Documentos_Pos/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf. <Acesso em 4/6/2014>

⁴³⁸ STF – Pleno, ADI 61/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29/08/1990, DJ 28/09/1990.

Federação para que pudessem propor ADI.⁴³⁹ Defendendo sua funcionalidade, a Corte acabou por restringir o acesso da sociedade à sua jurisdição e à dinâmica de proteção dos direitos fundamentais da nova ordem constitucional. Formuladas para as ações diretas de inconstitucionalidade, essas restrições repercutem sobre o manejo da ADPF. Com isso, cresce de importância o papel de entidades de advocacia de interesse público para contornar essas dificuldades.⁴⁴⁰

Outro instrumento importante pode ser o do recurso extraordinário quando reconhecida a repercussão geral da matéria envolvida. Introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, no artigo 102, § 3º, da Constituição, a repercussão geral consiste em requisito autônomo de admissibilidade de recurso extraordinário no âmbito do controle difuso. Dizer que uma matéria possui repercussão geral é afirmar a “existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassam os interesses subjetivos” (artigo 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil). Os propósitos são o de alcançar a duração razoável para os processos, viabilizar a racionalidade decisória do sistema, reduzir o número de recursos extraordinários a serem julgados e fazer com que o Supremo se ocupe de temas realmente relevantes para a sociedade, dando-lhe um perfil de “corte constitucional” e, ao mesmo tempo, assegurando-lhe a funcionalidade.

Independentemente de ainda haver questões em aberto sobre o cabimento ou não de reclamação para assegurar que as instâncias judiciais inferiores sigam as decisões do Supremo tomadas em recursos com repercussão geral reconhecida,⁴⁴¹ os julgamentos desses recursos passaram a formar autênticos *leading cases*, dando-se então mais um grande passo na direção do fortalecimento do poder decisório do Supremo e da aproximação entre nossos modelos difuso/incidental e concentrado/abstrato, “maximiza[ndo-se] a feição objetiva do recurso extraordinário.”⁴⁴² A repercussão geral torna o recurso extraordinário mais parecido com a *accione de tutela* na Corte Constitucional colombiana. É possível, portanto, em

⁴³⁹ STF – Pleno, ADI 386/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 04/04/1991, DJ 28/06/1991. A exigência numérica decorre da aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

⁴⁴⁰ Charles R. Epp, **The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective**, Chicago: The Chicago University Press, 1998, p. 14-25, reconhece que o ativismo judicial de cortes constitucionais é elemento importante para a defesa de direitos, porém, para ele, são também indispensáveis, além da consciência social de direitos, a “estrutura de apoio à mobilização legal” em torno desses direitos, consistente de “organizações pró-direitos, advogados de defesa de direitos e fontes de financiamento, particularmente financiamento público”.

⁴⁴¹ Cf. os debates: STF – Pleno, Rcl. 7.569/SP. Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, DJ 10/12/2009; STF – Pleno, AgRg Rcl. 11.250/RS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 01/07/2011. A questão está sendo novamente discutida nas Reclamações nºs 11.408 e 11.427, ambas relatadas pelo Min. Ricardo Lewandowski, pendentes de julgamento definitivo depois do pedido de voto-vista do ministro Gilmar Mendes. Essa problemática obviamente coloca em confronto a defesa da autoridade da Corte de um lado, e de outro a defesa de sua própria funcionalidade.

⁴⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1.077.

extraordinários com repercussão geral, serem tomadas decisões que afetem a todos e, assim, versem litígios estruturais. Decide-se o caso em mãos, porém, a matéria de fundo aproveitará e alcançará a todos, valendo para superar falhas estruturais e violações massivas de direitos fundamentais.

O instituto, contudo, possui três fraquezas. A primeira refere-se à ortodoxia com que muitos ministros enxergam a técnica, não permitindo que a repercussão geral tenha verdadeiro alcance objetivo. O recurso ainda é visto, por alguns membros do Supremo, como tutela exclusivamente subjetiva. A segunda refere-se à crise numérica que enfrenta. A elevada quantidade de matérias com repercussão reconhecida, o estoque alto desses casos com apreciação de mérito pendente,⁴⁴³ os vários anos que o Supremo precisaria para conseguir julgá-los, o impacto negativo desses números sobre a dinâmica das instâncias judiciais anteriores e em face das expectativas dos jurisdicionados são elementos dessa crise. Por sua vez, a constitucionalização abrangente, a exigência constitucional da manifestação de, no mínimo, 2/3 dos membros da Corte pela inexistência da repercussão geral para que esta seja rejeitada e a omissão de alguns ministros em votar, em diversas oportunidades, no Plenário Virtual, são causas combinadas desse estágio de coisas.

A terceira fraqueza envolve a qualidade dos temas. Dentre as centenas de matérias reconhecidas como tendo repercussão geral, a significativa escassez de casos paradigmáticos envolvendo direitos fundamentais sugere a hipótese de a maioria dos ministros, seja quando da escolha individual do tema a ser inserido no Plenário Virtual, seja no momento da votação colegiada virtual, aplicar os critérios da “relevância” e “transcendência” das matérias, respectiva e predominantemente, sob os ângulos econômico e numérico. O número reduzido de conflitos cruciais de direitos fundamentais incluídos no Plenário Virtual e o resultado da votação alcançado nessas oportunidades são variáveis que podem confirmar a hipótese. O domínio de temas econômicos e de conflitos repetitivos é relacionado ao nosso desenho constitucional. Todavia, a carência de repercussões gerais relativas aos direitos mais fundamentais de nossa ordem constitucional pode ser sim o resultado da adoção, pelos ministros do Supremo, da perspectiva puramente econômica ou numérica da repercussão geral.

Em síntese, somados nosso sistema de direitos fundamentais ao modelo de ações e recursos constitucionais, máxima a ADPF, têm-se que a Carta de 1988 oferece desenhos institucionais que permitem seja cogitada, no Brasil e pelo Supremo Tribunal Federal, a

⁴⁴³ Conforme dados do site do Supremo, pesquisados em 26/9/2014, são 528 processos com repercussão geral reconhecidas, tendo 202 sido julgados.

prática de declaração do estado de coisas inconstitucional voltada a enfrentar falhas estruturais causadoras de violação massiva de direitos fundamentais. Tal como defendido no Capítulo II, faz-se necessário, primeiramente, evoluir o pensamento teórico sobre a omissão legislativa inconstitucional vinculada à proteção deficiente dos direitos fundamentais. Daí chega-se à declaração do estado de coisas inconstitucional, envolvida omissão legislativa, vinculada à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e tutelável, preferencialmente, por meio de ADPF.

5.1.2 Requisitos políticos

Um dos pressupostos da configuração do estado de coisas inconstitucional é a presença de falhas estruturais, vinculadas a bloqueios políticos e institucionais, pontos cegos legislativos e até compartilhamentos de autoridade por temor de custos políticos. Trata-se de circunstâncias políticas muito comuns no Brasil, como na Colômbia e em grande parte de países latino-americanos marcados por forte presidencialismo. No Brasil, o próprio Governo federal já deixou, diversas vezes, para o Supremo decisões sobre questões muito controvertidas, envolvidas em desacordos razoáveis e de alto custo político. Questões como aborto de feto anencefálico e união homoafetiva vêm logo à mente. Não é raro que governantes, apesar do desejo em avançarem temas controvertidos, fiquem receosos dos custos políticos da reação negativa por parte de seus eleitores ou dos conflitos que podem surgir dentro de sua coalizão. Nesses casos, a estratégia tem sido deixar a decisão para cortes, cujos membros são eleitoralmente irresponsáveis.⁴⁴⁴

Em casos moral e politicamente hipercontroversos, assim como naqueles de pouco atrativo eleitoral, como é o da situação desumana dos presidiários no Brasil, bloqueios político-deliberativos, maximizados pela difusão partidária do poder, ganham a forma de *impasses (deadlocks)* tão resistentes que nem o mais articulado líder político consegue superar. Isso tem sido muito comum no Brasil, o que pode levar ao quadro de violação generalizada de direitos fundamentais assistido de forma passiva sistematicamente pelas autoridades políticas. Quando isso ocorre, a intervenção do Supremo acaba sendo uma *necessidade sistêmica*. Essa perspectiva é ainda mais saliente diante da significativa demanda

⁴⁴⁴ WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History**. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 86; cf. GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. **Annual Review of Political Science** Vol. 8, 2005, pp. 425/451.

social de direitos no Supremo vis-à-vis o déficit de confiança popular no Congresso Nacional e de eficiência do Executivo.

Há uma desilusão da sociedade com a classe política, que transfere parte dessa confiança ao Judiciário, principalmente em se tratando de direitos fundamentais. Organizações, movimentos e grupos sociais, antes alijados de muitos processos decisórios fundamentais, que tinham muitas reivindicações amplamente ignoradas no debate parlamentar, ganharam nova forma de representação no Supremo e têm feito amplo uso desses instrumentos. Como afirmado pela professora Gisele Cittadino, em diferentes países, e também no Brasil, “é possível observar como uma forte pressão e mobilização política da sociedade está na origem da expansão do poder dos tribunais ou daquilo que se denomina como ‘ativismo judicial’”.⁴⁴⁵ Essa circunstância faz com que a intervenção judicial em eventual estado de coisas inconstitucional seja algo novo e impactante, mas não, necessariamente, algo impensável para o quadro de judicialização da política como parte de nossa dinâmica institucional.

Portanto, no Brasil, reúnem-se requisitos institucionais e políticos que permitem se cogitem, ao menos em abstrato, da declaração do estado de coisas inconstitucional e da atuação do Supremo Tribunal Federal no sentido de superá-lo mediante ordens estruturais. Este Capítulo dirige-se a afirmar que também são satisfeitos requisitos materiais. O alvo aqui é o sistema carcerário brasileiro.

5.2 O vergonhoso sistema carcerário brasileiro ⁴⁴⁶

No Brasil, existem diferentes setores sociais nos quais podem-se apontar violações sistemáticas de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais, a começar por políticas públicas insuficientes: saneamento básico, saúde pública, consumo de crack. Atualmente, talvez seja o sistema carcerário brasileiro o que produz o maior grau de violação generalizada de direitos humanos decorrente de omissões e falhas estruturais e agravada pela sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superar tal quadro. À semelhança do caso colombiano, problemas de superlotação carcerária, instalações prisionais

⁴⁴⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 232.

⁴⁴⁶ Os elementos fáticos e estatísticos utilizados neste tópico originam-se das pesquisas e do trabalho da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos. O material correspondente foi gentilmente cedido pelo Professor Daniel Sarmento, orientador desta tese, e pela doutoranda Juliana Alvim. Mimeografado com o autor, 2014.

insalubres, tortura policial, falta de segurança interna, inexistência de medidas de divisão de presos, ausência de oferta de direitos básicos como saúde, alimentação minimamente saudável, educação e trabalho, número excessivo de prisões provisórias, assistência judiciária precária, entre outros, implicam tratamento desumano e condições indignas de sobrevivência dos presos.

Pesquisando sobre diferentes bases de dados, máxime a da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009) e do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos apontou, em seu estudo sobre o tema, as várias formas de violação de diversos direitos fundamentais dos presos. Segundo os pesquisadores, a população carcerária, em sua maioria pobres e negros, beira as 570 mil pessoas, sendo a maior parte sujeita às seguintes violações de direitos: “superlotação, tortura, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, corrupção, deficiência no acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle estatal sobre o cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual”.

Trata-se de graves deficiências e violações de direitos que se fazem presentes em todas as unidades da Federação brasileira e podem ser imputadas à responsabilidade dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Significa dizer: são problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de aplicação da lei penal. Segundo dados divulgados pelo CNJ, em junho de 2014, havia 563.526 detentos em prisões que podem comportar apenas 357.219 pessoas, o que faz da superlotação o problema mais visível e, talvez, mais impactante.⁴⁴⁷ De acordo com a pesquisa da Clínica UERJ Direitos, nos presídios e delegacias por todo o país, as celas são abarrotadas de presos, de forma que esses convivem espremidos, dormem sem camas ou colchões, precisando, muitas vezes, revezar para dormir. Dormem em redes suspensas no teto, “dentro” das paredes, em pé, em banheiros, nos corredores, pátios, barracos ou em contêineres.

Muitos desses presos estão sob custódia provisória – segundo o CNJ, 41% do total. Ao fim, são absolvidos ou condenados a penas alternativas. Há também casos de presos para além

⁴⁴⁷ No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados sobre a situação dos presídios no Brasil, realizado em 2009, concluiu-se que “a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário”.

do tempo de pena fixado, o que revela a carência de assistência judiciária. Conforme aponta a pesquisa, pautada em divulgação feita pelo CNJ, os Mutirões Carcerários do Conselho já libertaram, desde 2008, cerca de 41 mil presos que já haviam cumprido pena. Os presos sofrem com a falta de informações sobre seus processos e com a própria deficiência estrutural do Judiciário, que conta com número insuficiente de Varas de Execuções Penais. Sobressaindo o caráter estrutural dos defeitos, essas deficiências na garantia de direitos fundamentais processuais agravam o problema da superlotação carcerária que, por sua vez, submete os presos em geral às condições subumanas de existência.

Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios de inspeção do CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas depreciadas e celas imundas, sem iluminação e ventilação oferecem perigos constantes para os presos e riscos gravíssimos à saúde ante as oportunidades de infecções diversas. As áreas de banho e sol convivem com esgoto aberto, com o escoamento das fezes. Os presos não têm acesso à água, para banho e para hidratação, à alimentação de mínima qualidade, muitas vezes azeda ou estragada. Em alguns casos, os presos comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, no caso das mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos relata que, na Cadeia Pública Feminina de Colina, em São Paulo, mulheres utilizaram miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual.

Os presos não contam com profissionais de saúde ou com medicamentos. Não possuem acesso ao trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo. Além do ócio, convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios, estupros, decapitação, estripamento e esquartejamento. A tortura policial também se faz muito presente, com espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha. O quadro é ainda mais grave contra vulneráveis, como idosos, mulheres, deficientes físicos e homossexuais. Há casos, publicamente conhecidos, de mulheres dividindo celas com homens, sofrendo abusos sexuais, e de travestis sendo forçadas à prostituição. Esses casos revelam a mais absoluta falta de critério de divisão de presos por celas, o que alcança também os critérios da idade, da gravidade do delito e da natureza temporária ou definitiva da penalidade. Tudo isso é ainda potencializado pela deficiência do material humano dos presídios: agentes penitenciários em número insuficiente, mal remunerados, equipados e treinados.

O quadro revela a falência do sistema prisional brasileiro, que apenas produz mais violência. Como conclui a professora Ana Paula de Barcellos, “o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência”.⁴⁴⁸ Além de grave problema de violação de direitos humanos, o sistema carcerário brasileiro é também um problema de segurança pública. O fim de ressocialização dos presos é algo impensável de ser alcançado. Como costuma-se dizer, os presídios brasileiros servem para aumentar a criminalidade dos pequenos delinquentes: “entram pequenos ladrões, saem monstros”. As taxas de reincidência são muito elevadas e envolvem crimes ainda mais graves. Segundo dados do CNJ, em torno de 70%. Muitos desses, inclusive os presos provisórios, acabam aumentando o contingente das facções criminosas. Os resultados são violações de direitos humanos dentro dos presídios e aumento da criminalidade e da violência fora desses. O estado de coisas é, realmente, assustador.

5.3 A configuração do estado de coisas inconstitucional

A situação de fato descrita revela que os presos, no Brasil, não são tratados como seres humanos. A CPI do sistema prisional, levada a efeito pela Câmara dos Deputados entre 2007 e 2009, diligenciou em todas as unidades federativas e encontrou, em maior ou menor medida, um quadro massivo de violação de diferentes direitos fundamentais, o que revela o caráter estrutural das deficiências que implicam a situação de tratamento desumano à qual é submetida a população carcerária brasileira. Entre as páginas 191 e 316 de seu Relatório Final, Capítulos V e VI, a CPI relacionou e discorreu sobre os diferentes tipos de violação identificados contra os direitos dos presos. Os títulos dados aos tópicos correspondentes, alguns com tom sarcástico, resumem muito bem a realidade constatada:⁴⁴⁹

Capítulo V – Violação dos Direitos dos Presos

01 – Falta de Assistência Material

02 – Acomodações: Caso de Polícia

03 – Higiene: Não existe nas Cadeias

04 – Vestuário: Nudez Absoluta

⁴⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo** Nº 254, 2010 (Biblioteca Digital Fórum de Direito Público).

⁴⁴⁹ O Relatório Final pode ser encontrado na Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados: **CPI sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. <file:///C:/Users/CarlosAlexandre/Downloads/cpi_sistema_carcerario.pdf>

- 05 – Alimentação: Fome, Corrupção e Comida no Saco
- 06 – Assistência à Saúde: Dor e Doenças
- 07 – Assistência Médica: Falta Tudo
- 08 – Assistência Farmacêutica: Um Só Remédio para Todas as Doenças
- 09 – Assistência Odontológica: Extrai Dente Bom no Lugar do Estragado
- 10 – Assistência Psicológica: Fábrica de Loucos
- 11 – Assistência Jurídica: Nó Cego a ser Desatado
- 12 – Assistência Educacional: Ignorância como Princípio
- 13 – Assistência Social: Abandono e Desespero
- 14 – Assistência ao Egresso: Feras soltas nas Ruas
- 15 – Assistência Religiosa: Só Deus não salva
- 16 – Superlotação: Inferno em Carne Viva
- 17 – Trabalho: O Ócio Subsidiado
- 18 – Comércio: Exploração da Miséria
- 19 – Contato com o Mundo Exterior: Isolamento
- 20 – Água e Luz: Uma Esmola de Cada Vez
- 21 – Sem Sol, sem Ventilação e na Escuridão
- 22 – Tortura e Maus Tratos: Agonia Todo dia
- 23 – Admissão, Avaliação e Registro do Preso
- 24 – Individualização da Pena: “Misturão” de Presos
- 25 – Preparação para a Liberdade: Reincidência Institucional
- 26 – Estrangeiros

Capítulo VI – Mulheres Encarceradas: Vergonha Nacional

As investigações parlamentares duraram mais de dois anos e o Relatório Final foi entregue em 2009. Apesar de todas as mazelas apontadas e de assumir que, a princípio, “não há soluções para o caos carcerário”, o Relator, Deputado Domingos Dutra, encerra o trabalho com uma conclusão de otimismo e esperança:

Assim, acreditamos que com políticas econômicas viáveis, programas sociais efetivos; ações de prevenção e combate à criminalidade, governo e sociedade estarão caminhando a passo largos para FECHAR as portas de entrada no sistema carcerário.

Da mesma forma, governo e sociedade devem juntar as mãos no esforço concentrado e solidário para ABRIR as portas do sistema carcerário ao cumprimento das leis, ao respeito dos encarcerados e sobretudo para garantir o direito de todos os brasileiros a uma vida tranqüila e segura.

É com este sentimento e com a certeza de que “a vida é um combate, que aos fracos abate e que aos fortes e bravios só pode exaltar” que entrego à sociedade brasileira este relatório com esperanças renovadas de que é possível construir uma sociedade livre, justa e humana para TODOS.⁴⁵⁰

Para que medidas fossem tomadas de modo a não permitir que as palavras de otimismo fossem apenas isso, palavras, o Relatório foi enviado para os seguintes órgãos e autoridades: Ministro da Justiça, Diretor do DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Ministério Público da União, Ministério do Planejamento, Ministério da Educação, Ministério da Saúde, Ministério do Trabalho, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Governadores e Secretarias de Justiça, Segurança e Administração Penitenciária de todos os Estados da Federação, Defensoria Pública da União de todos os Estados, Controladoria Geral da União, Ordem dos Advogados do Brasil (Federal e de todos os Estados) e aos Ministérios Públicos dos Estados e Corregedorias que menciona, ao Poder Judiciário e suas Corregedorias e às seguintes Comissões Permanentes da Câmara dos Deputados: Constituição e Justiça e de Cidadania, Direitos Humanos e Minorias, Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado.

Pois bem. Desde então, o que mudou? O quadro de violação massiva de direitos fundamentais foi, ao menos, reduzido? Políticas públicas eficazes foram formuladas? Implementadas? Ouviu-se falar de uma ação coordenada desses órgãos e autoridades, entre a União e os Estados da Federação a fim de pôr um fim ou, pelo menos, reduzir os problemas graves apontados pela CPI? As respostas são todas negativas. As diversas diligências realizadas pelo CNJ,⁴⁵¹ em datas posteriores à confecção do relatório, por meio das quais tem atualizado o perfil dos presos e das prisões, revelam que o déficit de vagas do sistema prisional apenas aumenta a cada ano, sendo, cada vez mais, agravado o problema da superlotação carcerária e das instalações precárias dos presídios. De nada adiantou também o Brasil ter sido notificado, em oportunidades distintas, pelas Cortes Internacional de Direitos Humanos e Interamericana de Direitos Humanos e pela própria ONU em razão das condições

⁴⁵⁰ **CPI sistema carcerário.** – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 618.

⁴⁵¹ Os resultados dessas diligências podem ser conferidos no Portal do CNJ, em “Sistema carcerário e Execução Penal”: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>

cruéis e desumanas de nosso sistema carcerário. As falhas estruturais permanecem e até se aprofundam.

Como apontado no tópico anterior, segundo o último relatório do CNJ, divulgado em junho de 2014, o Brasil possuía 711.463 presos, incluídas 147.397 pessoas em prisão domiciliar, para 357.219 vagas de detenção. Sem computar o número de presos em domicílio, o déficit é de 206.307; computando, sobe para 354.244. E ainda há 373.991 mandados de prisão sem serem cumpridos! Se cumpridos, o déficit seria muito maior! Considerando o número total, incluídas as prisões domiciliares, o Brasil possui a 3ª maior população carcerária do mundo, depois apenas dos Estados Unidos e da China. Tendo em conta apenas os presos em presídios e delegacias, o Brasil fica em 4º, “ultrapassado” pela Rússia. O que mais impressiona é que 41% desses presos estão sob custódia provisória, aguardando julgamento. Segundo relato de Maria Lucia Karam, esses números estão inseridos em um rumo expansionista do poder punitivo no Brasil vinculado à política de “guerra às drogas”. E o déficit existe apesar de ter praticamente dobrado o número de presídios construídos entre 2005 (798) e 2013 (1.482).⁴⁵²

Com efeito, os problemas da superlotação carcerária, segundo a CPI da Câmara, “a mãe de todos os problemas”, não é novo e vem se agravando apesar das investigações e documentações realizadas pelos parlamentares e pelo CNJ. As deficiências se mantêm em todas as unidades federativas e os três poderes têm se mostrado incapazes de oferecer soluções minimamente capazes de reverter o quadro. Falhas estruturais do passado promoveram esse estado de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, e a persistência dessas falhas têm agravado, no presente, esse quadro. Refletindo sobre a situação dos presos no Brasil, Ana Paula de Barcellos fixou três conclusões que refletem o quanto o estado de violação de direitos fundamentais dos presos tem sido historicamente agravado:

A primeira conclusão que se quer enunciar aqui, embora se trate de certo truísmo, é a de que o tratamento conferido aos presos no Brasil, e descrito antes, viola de forma grosseira os direitos humanos. O ponto será aprofundado adiante. A segunda conclusão a apurar é a de que a violação dos direitos humanos dos presos no Brasil constitui o tratamento normal (do ponto de vista estatístico) conferido a tal parcela da população: a rotina e não um desvio eventual. Parece certo afirmar que em qualquer sistema prisional de que se cogite, em qualquer lugar do mundo, sempre será possível observar violações eventuais aos direitos dos presos. A diferença é que em algumas partes do mundo essas violações serão uma exceção, uma anomalia a ser punida pelo direito. Como em qualquer outra área na qual os indivíduos possam exercer liberdade, sempre haverá um percentual de condutas desviantes em relação

⁴⁵² KARAM, Maria Lucia. Interrogações sobre a política de encarceramento. **Jus** ano 45, nº 30, 2014, p. 188. Sobre esses números, cf. também: SARMENTO, Daniel. Constituição e Sociedade: As masmorras medievais e o Supremo. **Jota**, de 6 de janeiro de 2015. <http://jota.info/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo>

ao padrão, daí a necessidade da própria existência do direito. No Brasil, porém, a violação não é a exceção: é a regra geral. Não se trata de um desvio episódico ou localizado, mas do padrão geral observado no país como um todo. O tratamento adequado eventualmente conferido a um preso é que constitui a exceção. A terceira conclusão é a de que esse tratamento desumano conferido aos presos não constitui um evento novo na história do Brasil.⁴⁵³

Postas as coisas assim, têm-se, de forma inequívoca, o preenchimento dos pressupostos de configuração do estado de coisas inconstitucional. Primeiramente, o sistema prisional brasileiro revela violação massiva e generalizada de direitos fundamentais dos presos quanto à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância pelo Estado da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento desumano, degradante, cruel, ultrajante e indigno a pessoas que encontram-se sob sua custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas; os presos tornam-se “lixo digno” do pior tratamento possível, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Como disse o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, os presídios brasileiros são “masmorras medievais”, ocasionando, segundo Daniel Sarmento, “a mais grave questão de direitos humanos do Brasil contemporâneo”.⁴⁵⁴

O quadro revela transgressão a diversos dispositivos constitucionais, normas nucleares de nosso sistema objetivo de direitos fundamentais, a começar pelo princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), tornado letra morta pelo sistema carcerário brasileiro. A situação revela tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos, vedado pelo artigo 5º, inciso III, assim como a aplicação de penas cruéis, proibida pelo artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”. O artigo 5º, incisos XLVIII e XLIX são absolutamente ignorados ao não serem observados os deveres, respectivamente estabelecidos, de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII) e de assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral.

Além do mais, diversos direitos básicos, cujo gozo em níveis mínimos compõem o direito fundamental ao mínimo existencial, não fazem parte da vida dos presos: saúde, educação, alimentação, assistência judiciária, trabalho, previdência e assistência social. Além da legislação interna, o que inclui a Lei de Execução Penal, de 1984, a violação massiva de direitos fundamentais dos presos também implica afronta a diversos tratados internacionais

⁴⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo** Nº 254, 2010 (Biblioteca Digital Fórum de Direito Público).

⁴⁵⁴ SARMENTO, Daniel. Constituição e Sociedade: As masmorras medievais e o Supremo. **Jota**, de 6 de janeiro de 2015. <http://jota.info/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo>

sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ofendendo ainda, de forma ostensiva, a Lei de Execução Penal, de 1984. Em suma, o Estado brasileiro, com seu sistema carcerário cruel e desumano, é responsável por um quadro generalizado de violações reiteradas e massivas de direitos fundamentais das pessoas presas.

Em segundo lugar, o quadro de violação massiva de direitos fundamentais está atrelado à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de garantia dos direitos dos presos – está atrelado a falhas estruturais. É verdade que há legislação ordinária versando direitos dos presos. Na Lei nº 7.210, de 1984, a Lei de Execução Penal, são assegurados diversos desses direitos violados, inclusive o direito à cela individual salubre e com área mínima de 6 metros quadrados.⁴⁵⁵ Por meio da Lei Complementar nº 79/94, foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. Não obstante, verifica-se situação de fracasso generalizado das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Há, sem embargo, defeito generalizado e estrutural de políticas públicas. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes voltadas a superar esse quadro representa uma falha estrutural que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação.

Com efeito, apesar da legislação infraconstitucional citada, têm-se quadro generalizado de proteção deficiente dos presos. Mesmo diante do evidente insucesso da implementação da legislação em vigor, nada é feito pelos Poderes Executivo e Legislativo, titulares da criação e aprovação de políticas públicas, para modificar o quadro. A inércia configura-se não apenas quando da ausência absoluta de legislação, mas também quando ausente qualquer tentativa de modificação do quadro uma vez verificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes. Esta é a situação legislativa dos direitos dos presos: apesar de existir legislação versando esses direitos, as leis existentes simplesmente “não pegaram”, não se concretizam em proteção efetiva dos presos, e nada é tentado para alterar a situação. Apesar de instalada a CPI da Câmara dos Deputados, verificada a situação vexatória de nosso sistema carcerário e notificadas diversas autoridades

⁴⁵⁵ Lei nº 7.210/84:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

sobre o quadro de inconstitucionalidades, não foram envidados esforços e propostas de políticas públicas para modificar a situação.

Por certo que, não se trata da inércia de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vem se mantendo incapazes e manifestado verdadeira falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Falta sensibilidade legislativa quanto ao tema da criminalização das drogas, razão maior das prisões. O próprio Judiciário tem contribuído com o excesso de prisões provisórias, mostrando falta de critérios adequados para tanto. Falta estrutura de apoio judiciário aos presos. Trata-se, em suma, de mal funcionamento estrutural e histórico do Estado como fator do primeiro pressuposto, o da violação massiva de direitos.

Nesse quadro amplo de deficiências estatais, insere-se a omissão inconstitucional sob a perspectiva material proposta nesta tese (Capítulo II). A falha estatal estrutural, no caso do sistema carcerário, tem matriz na deficiência de políticas públicas, incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades, e isso independentemente da tipologia dos enunciados normativos constitucionais envolvidos e de ordens expressas de legislar. Leis que, na prática, se revelam insuficientes ante às falhas em sua implementação, promovendo proteção deficiente dos direitos fundamentais dos presos. Com efeito, o estado de coisas inconstitucional relativa ao sistema carcerário brasileiro representa o estágio avançado da omissão inconstitucional sobre o tema, envolvidos os Poderes Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas à possibilidade de superação do quadro.

O terceiro pressuposto do estado de coisas inconstitucional, relacionado ao anterior, revela-se pelo alcance orgânico do conjunto de medidas necessárias para a superação do quadro de violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais dos presos. A redução ou eliminação desse estado de coisas inconstitucional requer atuação de diversos órgãos, do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade. Trata-se de litígio estrutural, de modo que são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais envolvida uma pluralidade de autoridades públicas. A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. Ao contrário, a solução requer “remédios estruturais”.

Com efeito, da mesma forma que o problema do sistema carcerário decorre de deficiências estruturais e as violações dos direitos fundamentais não podem ser atribuídas a autoridades estatais isoladas, as respostas dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas: intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas (Judiciário). O estado de inconstitucionalidades do sistema carcerário brasileiro foi construído pelas omissões persistentes e práticas defeituosas dos diferentes órgãos e autoridades envolvidos, configurados bloqueios políticos e institucionais que devem ser superados conjuntamente sob pena de persistirem as mesmas falhas estruturais. A intervenção judicial, para aproveitar ao grande número de presos cujos direitos são violados, deve dirigir-se a várias entidades estatais, federais e estaduais, responsáveis pelas falhas sistemáticas e, por isso, compreende ordens de execução complexa a instruir ações estatais coordenadas.

No mais, a intervenção judicial estrutural, típica da declaração do estado de coisas inconstitucional, faz-se inevitável no caso do sistema carcerário brasileiro ante a improbabilidade de os poderes políticos, por si sós, tomarem a iniciativa de enfrentar tema de tão pouco prestígio popular. Em casos dessa natureza, bloqueios políticos costumam ser insuperáveis. A população carcerária brasileira configura minoria desprezada, sem representatividade política. De um modo geral, devido à impopularidade dessa classe de pessoas, a sociedade não aceita seja eleita como prioridade de gastos públicos a melhoria nas instalações e condições das prisões. Como argutamente apontou Ana Paula de Barcellos, os cidadãos livres acreditam, recusando a dimensão ontológica da dignidade humana, que o criminoso perde o direito à vida digna ou mesmo a condição humana, não sendo titular de quaisquer direitos fundamentais.⁴⁵⁶ Na realidade, muitos acreditam serem as condições desumanas das prisões “justas retribuições aos crimes praticados”.⁴⁵⁷

Essa impopularidade dos presos faz com que poucos políticos tenham vontade de brigar por recursos públicos para serem aplicados em um sistema carcerário que ofereça condições de existência digna. Isso significa que bloqueios políticos, a gerarem falhas estruturais, permanecerão sem que haja intervenção judicial. A omissão estatal inconstitucional está tanto na base como no agravamento do estado de coisas inconstitucional relativo ao sistema carcerário brasileiro. As condições intoleráveis dos prisioneiros permanecerão ante a falta de incentivos para a ação legislativa e executiva, o que só pode ser modificado a partir de medidas estruturais ditadas judicialmente. Daí por que configurado o

⁴⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo** Nº 254, 2010 (Biblioteca Digital Fórum de Direito Público).

⁴⁵⁷ WEAVER, Russel L. The Rise and Decline of Structural Remedies. **San Diego Law Review** Vol. 41, 2004, p. 1.632.

terceiro pressuposto do estado de coisas inconstitucional: a intervenção judicial, necessária para superar o estado de coisas inconstitucional, deve dirigir-se a um conjunto de órgãos e entidades, dos três poderes e de diferentes níveis federativos, exigindo uma pluralidade de medidas de naturezas diversas. Contra falhas estruturais, remédios estruturais.

Também resta configurado o quarto e último pressuposto, de natureza quantitativa, relacionado à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, o que poderia produzir grave congestionamento da máquina judiciária. A situação carcerária brasileira dá ensejo a uma enxurrada de demandas, dentre elas, a de indenização por dano moral contra o Estado. Sendo responsável pela custódia e segurança das pessoas presas, o Estado deve oferecer condições minimamente dignas e salubres para os presos, caso contrário, deverá ser responsabilizado civilmente por danos físicos, psíquicos e morais.⁴⁵⁸ O tratamento desumano, além de grave violação à ordem objetiva dos direitos fundamentais, faz surgir a pretensão individual dos presos tanto às condições mínimas do cárcere, quanto à reparação pelos danos causados pelas instalações precárias e pela superlotação. Consideradas essas possibilidades, a correção do sistema pode ser, de forma preventiva, meio de evitar custos maiores ao poder público.

Restam, portanto, configurados os pressupostos do estado de coisas inconstitucional, máxime a violação massiva de direitos fundamentais e o fator da falha estrutural, no caso do sistema carcerário brasileiro. Melhor dizendo: o sistema carcerário brasileiro é um estado de coisas inconstitucional. Surge assim a possibilidade de o Poder Judiciário, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal intervir para superar esse estado. Deve o Supremo controlar a omissão estatal como fator de proteção deficiente de direitos fundamentais. Mais: deve defender a ordem objetiva dos direitos fundamentais contra as falhas estruturais. Em síntese, a construção teórica do estado de coisas inconstitucional, importada da Corte Constitucional colombiana, serve como argumento de revisão da noção tradicional da omissão inconstitucional e legitima o Supremo a enfrentar o maior problema de violação de direitos fundamentais do Brasil contemporâneo.

Assentando que o quadro de superlotação carcerária e de condições desumanas do encarceramento configura um estado de coisas inconstitucional no Brasil, o que pode o Supremo fazer para tentar reduzir ou acabar com esse estado de coisas? Têm-se, aqui, a

⁴⁵⁸ O tema é objeto de repercussão geral no Supremo: RE 580.252/MS, Rel. Min. Teori Zavascki. O relator, normalmente restritivo quanto o tema envolve custos ao Estado, votou pelo direito dos presos à indenização. O julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso.

necessidade de uma intervenção estrutural do Supremo: a necessidade de trabalhar com a formulação de “remédios estruturais”.

5.4 A intervenção possível do Supremo Tribunal Federal

Verificados os pressupostos do estado de coisas inconstitucional, o Supremo pode interferir sobre a formulação, implementação e monitoramento de políticas públicas, caracterizado o ativismo judicial em sua dimensão estrutural. A Corte pode, por meio de medidas estruturais, superar os bloqueios políticos e institucionais (Capítulo III, itens 5.1. e 5.2.) que servem para agravar a violação massiva e repetida dos direitos fundamentais dos presos. A Corte também pode mudar a opinião pública sobre o tema, despertar a atenção da sociedade sobre o quadro, colocando o problema na agenda política brasileira. Assim, o Supremo poderá promover ou aumentar a deliberação sobre o sistema carcerário brasileiro. Evitando a supremacia judicial, o Tribunal, em vez de ordens detalhadas, deve estabelecer ordens flexíveis, fixando parâmetros e objetivos a serem alcançados, deixando aos órgãos do Executivo e do Legislativo a definição de meios e minúcias das medidas.

Retendo jurisdição sobre o problema, o Supremo, ou instituição capacitada por ele designada, deve monitorar a fase de implementação de suas decisões. Promovendo o diálogo institucional e provocando maior participação popular nos processos decisórios, o Tribunal deve designar a realização de audiências públicas periódicas, com a presença de todas as autoridades públicas envolvidas e de diferentes setores da sociedade civil, máxime os movimentos sociais e as associações de defesa dos direitos dos presos, com o objetivo de verificar o progresso das escolhas de meios. Com esses remédios estruturais, a declaração do estado de coisas inconstitucional pela Corte poderá surtir efeitos diretos e indiretos, instrumentais e simbólicos, em especial a superação dos bloqueios políticos e institucionais e o aumento da deliberação pública sobre o tema da superlotação carcerária e das condições desumanas e cruéis dos presídios, o que, por si só, representa valioso ganho democrático.

O ativismo judicial estrutural dialógico da Corte deve ter 3 focos: (i) reduzir o aumento progressivo da população carcerária – de acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, em 1990, cerca de 90 mil presos, em maio de 2014, mais de 563 mil presos, fora os mais de 147 mil em prisão domiciliar, um aumento de 600% comparados aos 40% de crescimento da população brasileira; (ii) diminuir o déficit de vagas do sistema prisional – conforme dados do CNJ apontados no tópico anterior, o déficit é de

357.219 vagas se computadas as pessoas em prisão domiciliar; (iii) melhorar as condições atuais do encarceramento – problemas de instalações insalubres e de falta de atendimento a diversos direitos básicos dos presos. O Supremo deve estabelecer e monitorar, em face de diferentes autoridades públicas, um conjunto amplo e coordenado de medidas visando superar esses 3 problemas. Segundo acredito, essas medidas devem observar os seguintes parâmetros:

(i) para reduzir o aumento progressivo da população carcerária:

- a) estimular a aplicação de penas alternativas e o uso da prisão domiciliar;
- b) restringir o uso da prisão provisória aos casos em que verdadeiramente seja comprovada ameaça ao desenvolvimento do processo pela liberdade do acusado e haja probabilidade de sentença condenatória privativa de liberdade ao final deste;
- c) estimular amplo debate público e no Congresso nacional sobre a disciplina legal do consumo e comércio de drogas, opondo a atual política de proibição à possibilidade de legalização com forte regulação e controle da produção;
- d) atenção total ao processo de recuperação social dos presos a fim de evitar a reincidência penal;

(ii) para diminuir o déficit de vagas do sistema prisional:

- a) os parâmetros acima apontados;
- b) determinar sejam feitos mutirões constantes para revisão das prisões provisórias e dos casos de presos que já cumpriram as penas impostas;
- c) determinar a construção de novos presídios;

(iii) para melhorar as condições atuais do encarceramento:

- a) determinar reforma dos presídios existentes, das acomodações insalubres, escuras e sem higiene;
- b) ações estatais voltadas a assegurar direitos básicos dos presos:
 - b.1. assistências médica e psicológica;
 - b.2. fornecimento de medicamentos;
 - b.3. melhoria da alimentação;
 - b.4. serviços de educação;
 - b.5. programas de oferta de trabalho;
 - b.6. fornecimento de vestuário;
 - b.7. assistências social e jurídica;
 - b.8. acompanhamento da vida do egresso;

c) ações de divisão dos presos conforme gravidade do delito, idade e natureza da prisão.

Esses parâmetros devem nortear a formulação e implementação de políticas públicas voltadas a assegurar os direitos fundamentais dos presos constitucional e legalmente reconhecidos e que vêm sendo massivamente violados. O Supremo deve proferir ordens flexíveis, que deixem espaço decisório próprio ao aparato político e administrativo dos Poderes Executivo e Legislativo, mas que sejam capazes de coordenar as ações desses poderes dentro dos parâmetros acima apontados. A complexidade das ordens será inevitável, proporcional ao tamanho do problema.

Trata-se de típico caso no qual objeções como a reserva do possível não se revelam possíveis ante a violação massiva do direito ao mínimo existencial.⁴⁵⁹ Sem embargo, tendo em conta o amplo espectro de motivos que conduziram à declaração do estado de coisas inconstitucional e o conjunto complexo de ordens necessário à superação desse estado, sentença dessa magnitude merece o rótulo, cunhado por César Rodríguez Gravito e Diana Rodríguez Franco, de “macrosentença”.⁴⁶⁰ Ela beneficiaria uma imensa população (carcerária), se justificaria em razão da gravidade absurda de violações de direitos que pretende resolver, vincularia um número expressivo de atores estatais e sociais, e revelaria uma ambição incomum quando propõe reter jurisdição sobre o processo de implementação das ordens. Trata-se da proposta de o Supremo lançar-se à prática dos remédios estruturais combinados com a jurisdição de monitoramento. Um passo novo, largo, talvez demasiadamente largo, mas à altura do problema constitucional e social enfrentado.

5.5 Conclusão

Da omissão legislativa ao estado de coisas inconstitucional, o Supremo deve evoluir seus instrumentos de controle da omissão estatal, da inércia legislativa e da inabilidade institucional dos governantes para resolverem violações de direitos. Ordens estruturais dessa magnitude, porém flexíveis, permitindo ampla margem de escolha política e técnica aos outros poderes, combinam o ativismo judicial estrutural com a ideia de diálogos institucionais. Os propósitos de superar bloqueios políticos e institucionais, e de aumentar a deliberação pública sobre os temas, em um cenário de ampla violação de direitos fundamentais como é o caso do sistema carcerário brasileiro, legitimam material e

⁴⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito Ao Mínimo Existencial*. Op. cit.

⁴⁶⁰ GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia*. Op. cit., p. 14.

procedimentalmente o papel do Supremo em nossa democracia. No mais, sentenças estruturais, que seguem à declaração do estado de coisas inconstitucional, se adequam ao perfil de uma Corte que não se ocupa apenas de determinados enunciados constitucionais ou ordens expressas de legislar, e sim com a Constituição como um todo e com o que ela busca de mais importante: a efetividade dos direitos fundamentais.

PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

1. Para efeito de encerramento deste trabalho, se apresenta oportuna a elaboração, na ordem de disposição dos capítulos, de um resumo dos mais relevantes objetivos, premissas, ideias, conceitos e propostas desenvolvidas nesta dissertação.

Introdução

2. A omissão constitucional é tema sujeito a muitas perguntas e a espera de muitas respostas. Normalmente, as omissões legislativas, acusadas inconstitucionais, são vinculadas a disposições constitucionais ditas “não-autoaplicáveis”, nas quais consta expresso e inequívoco dever de legislar. Esta tese, em um primeiro momento, busca demonstrar o equívoco dessa noção, a sua insuficiência para a garantia dos direitos fundamentais. Além do mais, a doutrina tradicional costuma tratar as omissões inconstitucionais de forma estanque, com foco exclusivo ou sobre a omissão do tipo legislativo, ou em relação à omissão administrativa. Tal visão ignora que a falta de atuação das normas constitucionais possa ser decorrente da falha de coordenação entre órgãos e entidades estatais, presentes “falhas estruturais” como causadoras de violações de direitos. Esta tese defende que tanto a visão restritiva das hipóteses de configuração da omissão legislativa inconstitucional, como esta forma estanque e incomunicável de entender a omissão inconstitucional são irreais quando presente um “estado de coisas inconstitucional”.

- I -

3. A omissão legislativa inconstitucional, segundo a doutrina em geral, decorre da circunstância de o legislador não cumprir um dever constitucional concreto de atuação político-normativa. A visão tradicional de nossa doutrina tem sido a de vincular a omissão legislativa inconstitucional à estrutura semântica dos enunciados normativos constitucionais e à correlata eficácia jurídico-formal desses enunciados, ou seja, a uma determinada tipologia dos enunciados em razão de diferenças de estrutura e de graus de aplicabilidade. Em suma, a preocupação tem sido apenas com a eficácia jurídico-formal ou a aplicabilidade dos enunciados normativos constitucionais segundo estrutura e densidade semânticas. Critérios de ordem material têm sido ignorados.

4. O Supremo também eco à doutrina tradicional brasileira e restringe a configuração da omissão legislativa inconstitucional e, por conseguinte, o exercício do controle de constitucionalidade desse vício, a uma análise da estrutura e da tipologia dos enunciados constitucionais em jogo. Esse reducionismo semântico-estrutural da configuração da omissão legislativa inconstitucional, que tanto se mostra problemático para a efetividade dos direitos fundamentais, padece de equívocos injustificados. Aumentar a defesa da efetividade dos direitos fundamentais em face das omissões estatais, máxime a legislativa, apenas pode ter início com a revisão dos pressupostos de configuração da inconstitucionalidade das omissões. Essa revisão inclui ampliar os pressupostos da omissão inconstitucional para alcançar problemas de “falhas estruturais”.

- II -

5. A visão tradicional da omissão legislativa inconstitucional precisa ser revista e ampliada. A omissão legislativa é vício a implicar atuação incompleta de qualquer dispositivo da Constituição, não podendo a estrutura semântica dos enunciados constitucionais ser critério exclusivo de sua identificação. A transformação dos enunciados normativos em realidade concreta envolve limitações, obstáculos fáticos e variáveis, sociais e institucionais, que podem afetar, em diferentes medidas, diversos dispositivos constitucionais de direitos fundamentais, e isso não dependente da expressão e da densidade semântica desses enunciados. Com efeito, a omissão legislativa inconstitucional é problema do processo de desenvolvimento da Constituição, e dos direitos nela reconhecidos, pelo legislador; um problema de efetividade dos direitos fundamentais pelo Poder Legislativo, e essas circunstâncias, inequivocamente, extrapolam argumentos de ordem puramente semântico-estruturais.

6. Na realidade, essas circunstâncias negam seja a omissão legislativa vinculada apenas à configuração formal de dispositivos constitucionais particulares, à eficácia jurídico-formal desses enunciados e, principalmente, a classes específicas desses enunciados. Essas circunstâncias impõem seja a atenção do debate voltada à atuação real e concreta desses enunciados, ou seja, à “transformação” em *normas jurídicas* no âmbito da realidade social circundante. A preocupação teórica deve ser com a efetividade dos direitos fundamentais envolvidos, e não com a eficácia formal dos dispositivos constitucionais correspondentes. A preocupação maior deve ser com o projeto da Constituição como um todo, e não com dispositivos constitucionais específicos.

7. Ademais, deve-se assumir a possibilidade de identificar-se a omissão inconstitucional do Estado não como inércia legislativa ou como inércia administrativa, uma coisa ou outra. O dia a dia dos direitos fundamentais revela que a proteção deficiente desses, a encerrar omissão estatal inconstitucional, pode originar-se da falta de coordenação entre lei e ação administrativa, culminando na deficiência de políticas públicas. Trata-se da omissão inconstitucional em razão de falhas estruturais. Este é o segundo passo para se chegar ao estado de coisas inconstitucional.

8. O primeiro grande pecado da doutrina tradicional da omissão legislativa é a atenção exclusivamente dirigida aos enunciados normativos como objeto do processo de interpretação e aplicação da Constituição. Isso revela cegueira com relação à norma constitucional como resultado desse mesmo processo. A doutrina tradicional tem procurado uma equivocada e insuficiente identidade absoluta entre o juízo de necessidade da intervenção legislativa para a realização dos direitos fundamentais e as expressões e estruturas semânticas dos dispositivos constitucionais correspondentes.

9. Relacionada muito de perto com a crítica anterior, na verdade, sendo daquela conseqüência lógica, é de se acusar não poder a omissão legislativa inconstitucional ser identificada, simplesmente, com a eficácia jurídico-formal dos dispositivos constitucionais. Deve ser relacionada com a efetividade – na realidade, com a falta de efetividade – dos direitos fundamentais. É com a realização concreta dos direitos fundamentais, a ser alcançada pela atuação adequada da correspondente norma constitucional, que o Estado, a começar pelo Poder Legislativo, está comprometido de forma irrenunciável e incontornável. Com efeito, a ausência estatal ou a atuação incompleta em favor dos direitos fundamentais sempre configurarão grave violação à Constituição e, diga-se mais uma vez, isso poderá ocorrer independentemente da eficácia jurídico-formal dos dispositivos constitucionais envolvidos.

10. Ao exposto até aqui acrescenta-se outro equívoco: o reducionismo em identificar o dever constitucional de legislar com enunciados normativos específicos, portadores de ordens expressas de legislar. O campo de incidência da omissão legislativa inconstitucional fica assim bastante reduzido, condicionado à existência de dispositivos constitucionais particulares. A crítica em face do critério puramente semântico-estrutural da doutrina tradicional dirige-se agora a essa rígida identificação entre preceito específico e dever constitucional de legislar. Ao contrário do defendido pela doutrina tradicional, pode haver sim o dever de legislar mesmo se ausentes preceitos constitucionais específicos que encerrem mandatos expressos.

11. Outro equívoco da doutrina tradicional é de ordem institucional e decorre do conjunto de equívocos acima acusados. Pensando a omissão legislativa apenas sob o ponto de vista da estrutura semântica dos enunciados, a doutrina tradicional estabeleceu uma divisão muito rígida não só da identificação do fenômeno da omissão, mas também da possibilidade de intervenção judicial para a correção: quando se tratar de *normas de eficácia limitada* que expressem ordens concretas de legislar, a omissão legislativa inconstitucional será uma possibilidade e a intervenção judicial poderá ser ampla; mas quando se tratar de *normas de eficácia plena*, a omissão legislativa inconstitucional será uma impossibilidade lógica e o Judiciário nada poderá exigir do Parlamento. As bases normativas da doutrina tradicional, para a caracterização do fenômeno da omissão legislativa inconstitucional, acabam por gerar consequências político-institucionais indesejadas quanto ao esquema de superação do vício legislativo. Sugerem um esquema “tudo ou nada”: unilateralismos institucionais.

12. A ideia é a do dever de proteção da dimensão objetiva de direitos fundamentais como elemento caracterizador da omissão legislativa inconstitucional. Amplia-se, assim, a identificação das hipóteses em que o legislador deixa de dar atuação às normas constitucionais configurando inércia ilícita. A tese acusa que a doutrina tradicional sobre a omissão legislativa inconstitucional, fundada em critérios puramente semântico-estruturais, formalista por natureza e reducionista em resultado, se apresenta como modelo teórico absolutamente insuficiente para dar conta da grandeza da missão contemporânea mais relevante do Estado democrático de direito: a efetividade dos direitos fundamentais.

13. O compromisso último do Estado democrático de direito deve ser com a efetividade dos direitos fundamentais. Esses direitos e sua realização prática representam a própria razão de ser do Estado. No entanto, não é possível saber da efetividade desses direitos simplesmente pela expressão e densidade semânticas de seus correlatos enunciados normativos constitucionais. Isso importa na acusação de insuficiência dos aportes da doutrina tradicional para o controle da proteção dos direitos fundamentais em face das omissões legislativas. Há a necessidade de complementação desses vetores doutrinários tradicionais por elementos de natureza material, diretamente vinculados à importância superior dos direitos fundamentais, cuja efetividade é debilitada pela omissão do Poder Legislativo. Essa complementação teórica, que amplia o campo de configuração da omissão legislativa inconstitucional em prol de uma maior garantia dos direitos fundamentais, é a que prescreve o descumprimento do dever de proteção eficiente dos direitos fundamentais como fonte da omissão inconstitucional.

14. Todavia, outro passo de ser dado: a ausência de efetividade desses direitos pode decorrer não da falta de lei, e sim da falta de coordenação entre órgãos e entidades públicas que resulta na falência da própria lei. A solução da omissão, nesses casos, não pode ser imposta a um único órgão, e isso porque a omissão decorre de falhas estruturais. A fonte do imperativo constitucional da ação estatal devem ser os próprios direitos fundamentais, de modo que a configuração da omissão inconstitucional dependerá de saber se o legislador e os órgãos de governo estabeleceram ou não os meios necessários para a realização na melhor medida possível dos direitos diante das circunstâncias e limitações fáticas envolvidas. A violação dos direitos ou sua falta de proteção podem decorrer, assim, do descompasso entre o que previsto em lei e o que realizado como política pública. Isso significa que haverá omissão inconstitucional sempre que a falta de políticas públicas encerrarem uma *proteção deficiente* dos direitos fundamentais, independentemente da tipologia dos enunciados constitucionais correspondentes. Esse quadro de omissão pode resultar em um “estado de coisas inconstitucional”.

- III -

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

16. A Corte Constitucional colombiana atua para defender não um direito fundamental individual, e sim o sistema de direitos fundamentais, a dimensão objetiva desses, decorrente não de um enunciado constitucional específico e expressivo de uma ordem de legislar, e sim da Constituição como um todo. A declaração do estado de coisas inconstitucional revela-se, assim, “mecanismo jurídico” caracterizado pela “presença de um juiz constitucional muito

mais ativo socialmente, mais comprometido com a busca de soluções profundas aos problemas estruturais” que “repercutem sobre o disfrute dos direitos fundamentais”. Um juiz constitucional que vai além de resolver casos particulares, e “assume uma verdadeira dimensão de estadista, destacando-se como um agente de transformação”, cujas decisões exigem “a atuação coordenada de diferentes autoridades públicas” dirigida à superação das violações de direitos fundamentais.

17. Ao utilizar o instrumento da declaração do estado de coisas inconstitucional, a Corte deixa de restringir-se à função de garantidor de direitos individuais em casos particulares e assume papel muito mais ativo, o de “formular ou contribuir à formulação de políticas públicas e de assegurar sua implementação e o controle de sua execução”. Em face de sistemática omissão estatal, incluída a omissão legislativa, a Corte busca estabelecer um modelo coordenado de ação, que alcança diferentes atores, voltado a reverter o quadro de massiva transgressão de direitos fundamentais. A Corte tanto interfere em escolhas políticas quanto procura assegurar que essas escolhas se concretizem e surtam efeitos reais. Agindo assim, a Corte tanto determina como supervisiona as ações públicas.

18. A configuração do estado de coisas inconstitucional possui quatro pressupostos: o primeiro é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas; o segundo é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais; com relação ao terceiro pressuposto, haverá o estado de coisas inconstitucional quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes; o quarto tem natureza puramente quantitativa e diz respeito à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, o que produziria grave congestionamento da máquina judiciária.

19. Para além da discussão sobre a fundamentação das decisões, o debate em torno do estado de coisas inconstitucional deve voltar-se às estruturas das decisões, aos remédios a serem adotados e à capacidade desses de surtir efeitos reais em favor dos direitos fundamentais. Deve haver a preocupação com a formulação de remédios capazes de solucionar os chamados “litígios estruturais” e de oferecer respostas à altura dos desafios impostos por violações massivas de direitos fundamentais. Os remédios devem ser suficientes a superar o estado permanente e abrangente de omissão estatal. Em se tratando de litígios envolvendo falhas de um conjunto de órgãos e instituições (litígio estrutural), o juiz deve,

inevitavelmente, interferir em políticas públicas. A corte depara-se tanto com falhas ou bloqueios estruturais quanto com resultados pífios das políticas em jogo. Para tanto, são proferidos os chamados “remédios estruturais”.

20. Decisões da espécie possuem efeitos diretos e indiretos. Os efeitos diretos consistem nas condutas determinadas pela decisão e que afetam os litigantes, os beneficiários e os destinatários das ordens. Há efeitos diretos instrumentais relacionadas à correção da omissão legislativa inconstitucional, e efeitos diretos simbólicos consistentes na definição e na percepção do problema como violação massiva de direitos em decorrência da afirmação do estado de coisas inconstitucional. Os efeitos indiretos seriam as consequências não definidas nas ordens judiciais, nem buscadas explicitamente pelos juízes constitucionais, mas que existem e derivam da própria decisão estrutural. São efeitos indiretos instrumentais a formação de movimentos e organizações sociais para participarem da fase de implementação da decisão, bem como a mudança provocada sobre a cobertura midiática do problema, São efeitos indiretos simbólicos, principalmente, a mudança da opinião pública sobre a gravidade ou urgência do problema de violação de direitos, o que pode influenciar o comportamento dos atores políticos em favor dos destinatários dos direitos fundamentais.

- IV -

21. Ao declarar o estado de coisas inconstitucional, a Corte passa atuar como autêntico ator político, decidindo sobre o momento de formulação de políticas públicas e controlando sua implementação. Acusações de ativismo judicial são feitas. A Corte usurparia os poderes do Legislativo e do Executivo, cujos membros são eleitos por votação popular, sujeitos a controle social periódico. Por sua vez, juízes não são eleitos nem responsáveis perante a população, carecendo, portanto, de legitimidade democrática para assim agir. Em uma democracia, juízes apenas aplicam leis, não podem, portanto, comandar a confecção dessas leis. Ademais, há aqueles que acusam a falta de capacidade institucional do Judiciário em decidir sobre políticas públicas. Legisladores e Executivos estariam melhor posicionados, teriam maior expertise para decidir sobre essas medidas.

22. Todavia, a declaração do estado de coisas inconstitucional dá-se sempre em cenário extremado de falhas e bloqueios estruturais que revelam a mais absoluta incapacidade de os poderes políticos resolverem problemas de violação massiva de direitos fundamentais. Significa dizer: a princípio, há extremos em ambas as direções. À situação extrema de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de falhas estatais estruturais, as cortes

respondem com medidas de ativismo judicial, tomando para si a condução da formulação e implementação de políticas públicas. Aparentemente, inércia político-administrativa absoluta de um lado, e arbítrio judicial de outro. Surge assim a necessidade de alcançar-se uma forma de legitimar o ativismo judicial de tipo estrutural presente na declaração de estado de coisas inconstitucional, ou recusá-lo.

23. Esta tese destina-se a afirmar a legitimidade da postura judicial ao relacionar o ativismo judicial estrutural com a atuação dialógica das cortes. O ativismo judicial não é, segundo a perspectiva desta tese, aprioristicamente ilegítimo, salvo aquele voltado a afirmar a supremacia judicial, isto é, o ativismo do tipo antidialógico. Mesmo o ativismo judicial do tipo estrutural, quando manifestado na hipótese de declaração do estado de coisas inconstitucional, pode ser tido como legítimo se satisfeitas certas condições.

24. Em primeiro lugar, para reconhecer a legitimidade da atuação judicial da espécie, devem estar presentes os principais do estado de coisas inconstitucional – a violação massiva de direitos fundamentais decorrente de e agravada por falhas estatais estruturais. Vigendo tais condições, coloca-se em xeque as objeções segundo as quais o legislador é o mais legitimado para dizer sobre os anseios e as necessidades dos membros da sociedade, mais institucionalmente capacitado para assegurar e proteger direitos fundamentais, e que a intervenção judicial prejudica o autogoverno popular.

25. O ativismo judicial estrutural, manifestado na declaração do estado de coisas inconstitucional, serve para superar bloqueios ou desacordos políticos insuperáveis, pontos cegos legislativos, temores de custos políticos e falta de interesse na representação de certos grupos sociais minoritários ou marginalizados, que são fatores de incapacidade da democracia parlamentar para resolver problemas de direitos fundamentais. São falhas estruturais que implicam a renúncia à ou a debilidade de formulação de políticas públicas minimamente eficientes. Nesse cenário de fracasso legislativo, a objeção democrática ao ativismo judicial estrutural não possui qualquer sentido prático.

26. No tocante ao argumento da capacidade institucional superior do Legislativo e do Executivo, em matéria de políticas públicas, em comparação ao do Judiciário, revela-se difícil sustentá-la em um cenário de falhas estruturais próprias do estado de coisas inconstitucional. É a atuação deficiente do Estado, a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficientes que geram e agravam a violação massiva de direitos fundamentais, a ponto de ser necessária a intervenção judicial. Daí parecer irreal o argumento comparativo das capacidades institucionais para refutar o ativismo judicial se é justamente a incapacidade das instituições legislativa e administrativa que implicou o estado de coisas inconstitucional.

Nesse estado, a Corte depara-se com a falta de coordenação entre órgãos do Estado e busca, por meio dos remédios estruturais, ajustar o funcionamento dessas instituições. Em vez de atuar contra as capacidades das outras instituições, o ativismo judicial estrutural procura superar bloqueios institucionais ao articular ou arrumar essas capacidades.

27. A intervenção judicial estrutural pode ter o efeito de incluir novos atores sociais no debate sobre direitos fundamentais, em vez de excluir a participação popular nas decisões fundamentais. Decisões estruturais podem ter efeitos diretos e indiretos de incluir movimentos e associações de defesa de direitos nas discussões sobre os temas políticos e sociais essenciais e de provocar reações e mobilizações sociais em torno da implementação das medidas adotadas. Podem também mudar a opinião pública sobre a gravidade ou urgência do problema de violação de direitos, o que pode influenciar o comportamento dos atores políticos em favor dos destinatários dos direitos fundamentais. Significa dizer: em vez de substituir o debate popular ou a mobilização social, o ativismo judicial estrutural pode ampliar esse debate, trazendo novos atores, focos e parâmetros. Em suma, pode ampliar os participantes do debate e os canais de soluções democráticas.

28. Além desses elementos que podem favorecer a legitimidade democrática e institucional da declaração do estado de coisas inconstitucional, é possível evitar que o ativismo judicial estrutural não converta-se em supremacia judicial. Para tanto, as cortes devem combinar as dimensões estrutural e dialógica do ativismo judicial, ou seja, devem praticar o ativismo judicial estrutural dialógico – prática por meio da qual a corte interfere sobre as decisões e ações de diferentes atores de governo, sobre a formulação e implementação de políticas públicas, mas sem excluir a participação e margens de liberdade decisória desses atores sobre como superar os problemas estruturais.

29. A legitimidade da atuação expansiva de juízes e cortes, sob o ponto de vista democrático e político, no enfrentamento de crises sociais estruturais é sempre problemática. O ativismo judicial não pode ser negado, e o risco de supremacia judicial, ignorado. Os remédios estruturais, destinados a remodelar políticas públicas ou institutos legislativos e administrativos fracassados, representam interferência inequivocamente forte sobre os espaços de atuação dos outros poderes. De outro lado, nos litígios estruturais, que compõem a essência do estado de coisas inconstitucional, são os Poderes Legislativo e Executivo que possuem as ferramentas institucionais apropriadas para tocar as políticas públicas, embora, por razões diversas, não as estejam utilizando ou, ao menos, não eficazmente. Daí a necessidade de cortes, do ponto de vista pragmático, e não só democrático, determinarem a

formulação e a implementação de políticas públicas sem abrir mão do potencial institucional dos outros poderes.

30. Os juízes devem formular ordens flexíveis, buscando o equilíbrio entre fazer valer direitos constitucionais e respeitar o papel político e a capacidade institucional do Legislativo e do Executivo. Envolvidos direitos fundamentais e os mecanismos adequados e eficientes para torná-los efetivos, cortes devem assegurar que os outros poderes envidem os melhores esforços para alcançar essa efetividade, deixando, contudo, os detalhes sobre esses meios para legisladores e administradores. As cortes devem apontar a omissão estatal inconstitucional e a consequente violação massiva de direitos, fixar parâmetros e até prazos para a superação desse estado, mas devem deixar as escolhas técnicas de meios para os outros poderes. Remédios flexíveis são modelados pelas cortes para serem cumpridos, implementados, mas deixando margens de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros poderes de forma a permitir que efetivamente cumpram essas ordens. O ativismo judicial existe, é estrutural, mas também é dialógico.

- V -

31. A declaração do estado de coisas inconstitucional é, do ponto de vista descritivo, uma realidade brasileira em diferentes setores sociais; do ponto de vista normativo, uma boa oportunidade para o Supremo Tribunal Federal, corrigindo omissões inconstitucionais decorrentes de falhas estruturais e prejudiciais à efetividade dos direitos fundamentais, se agigantar como guardião da “Constituição como um todo”, e não apenas de enunciados constitucionais específicos e ordens expressas de legislar.

32. Em abstrato, no Brasil, requisitos institucionais e políticos são preenchidos para que, em concreto, estados de coisas inconstitucional sejam identificados e declarados pelo Supremo com toda a sorte de consequências próprias. Do ponto de vista institucional, nossa Constituição possui Carta de direitos e mecanismos processuais que permitem, respectivamente, a tutela objetiva de direitos fundamentais e a tomada de ordens estruturais voltadas à superação do estado. A fragilidade fica por conta do acesso por vezes elitizado à jurisdição do Supremo. No mais, a noção de direitos fundamentais como princípios objetivos já é bem difundida, faltando vincular mais de perto a omissão legislativa inconstitucional à ideia de proteção deficiente desses direitos. As condições políticas revelam-se pela constante presença de bloqueios institucionais e políticos sobre temas diversos.

33. No Brasil, existem diferentes setores sociais nos quais podem-se apontar violações sistemáticas de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais, a começar por políticas públicas insuficientes: saneamento básico, saúde pública, consumo de crack. Atualmente, talvez seja o sistema carcerário brasileiro o que produz o maior grau de violação generalizada de direitos humanos decorrente de omissões e falhas estruturais e agravada pela sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superar tal quadro. À semelhança do caso colombiano, problemas de superlotação carcerária, instalações prisionais insalubres, tortura policial, falta de segurança interna, inexistência de medidas de divisão de presos, ausência de oferta de direitos básicos como saúde, alimentação minimamente saudável, educação e trabalho, número excessivo de prisões provisórias, assistência judiciária precária, entre outros, implicam tratamento desumano e condições indignas de sobrevivência dos presos.

34. No Brasil, presos não são tratados como seres humanos. A CPI do sistema prisional, levada a efeito pela Câmara dos Deputados entre 2007 e 2009, diligenciou em todas as unidades federativas e encontrou, em maior ou menor medida, um quadro massivo de violação de diferentes direitos fundamentais, o que revela o caráter estrutural das deficiências que implicam a situação de tratamento desumano à qual é submetida a população carcerária brasileira.

35. Desde então, quadro de violação massiva de direitos fundamentais permanece. Políticas públicas eficazes não foram formuladas ou implementadas. Não ouviu-se falar de uma ação coordenada de órgãos e autoridades, entre a União e os Estados da Federação a fim de pôr um fim ou, pelo menos, reduzir os problemas graves apontados pela CPI. Diversas diligências realizadas pelo CNJ, em datas posteriores à confecção do relatório da CPI, por meio das quais tem atualizado o perfil dos presos e das prisões, revelam que o déficit de vagas do sistema prisional apenas aumenta a cada ano, sendo, cada vez mais, agravado o problema da superlotação carcerária e das instalações precárias dos presídios. De nada adiantou também o Brasil ter sido notificado, em oportunidades distintas, pelas Cortes Internacional de Direitos Humanos e Interamericana de Direitos Humanos e pela própria ONU em razão das condições cruéis e desumanas de nosso sistema carcerário. As falhas estruturais permanecem e até se aprofundam.

36. Postas as coisas assim, têm-se, de forma inequívoca, o preenchimento dos pressupostos de configuração do estado de coisas inconstitucional. Primeiramente, o sistema prisional brasileiro revela violação massiva e generalizada de direitos fundamentais dos presos quanto à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a

precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância pelo Estado da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento desumano, degradante, cruel, ultrajante e indigno a pessoas que encontram-se sob sua custódia.

37. Em segundo lugar, o quadro de violação massiva de direitos fundamentais está atrelado à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de garantia dos direitos dos presos – está atrelado a falhas estruturais. É verdade que há legislação ordinária versando direitos dos presos. Na Lei nº 7.210, de 1984, a Lei de Execução Penal, são assegurados diversos desses direitos violados, inclusive o direito à cela individual salubre e com área mínima de 6 metros quadrados. Por meio da Lei Complementar nº 79/94, foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. Não obstante, verifica-se situação de fracasso generalizado das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Há, sem embargo, defeito generalizado e estrutural de políticas públicas. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes voltadas a superar esse quadro representa uma falha estrutural que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação.

38. O terceiro pressuposto do estado de coisas inconstitucional, relacionado ao anterior, revela-se pelo alcance orgânico do conjunto de medidas necessárias para a superação do quadro de violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais dos presos. A redução ou eliminação desse estado de coisas inconstitucional requer atuação de diversos órgãos, do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade. Trata-se de litígio estrutural, de modo que são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais envolvida uma pluralidade de autoridades públicas. A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. Ao contrário, a solução requer “remédios estruturais”.

39. Também resta configurado o quarto e último pressuposto, de natureza quantitativa, relacionado à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, o que poderia produzir grave congestionamento da máquina judiciária. A situação carcerária brasileira dá ensejo a uma enxurrada de demandas, dentre elas, a de indenização por dano moral contra o Estado. Sendo responsável pela custódia e segurança das pessoas presas, o Estado deve oferecer condições minimamente dignas e salubres para os presos, caso contrário, deverá ser responsabilizado civilmente por danos físicos, psíquicos e morais. O tratamento desumano, além de grave violação à ordem objetiva

dos direitos fundamentais, faz surgir a pretensão individual dos presos tanto às condições mínimas do cárcere, quanto à reparação pelos danos causados pelas instalações precárias e pela superlotação. Consideradas essas possibilidades, a correção do sistema pode ser, de forma preventiva, meio de evitar custos maiores ao poder público.

40. O sistema carcerário brasileiro é, portanto, um estado de coisas inconstitucional. Surge assim a possibilidade de o Poder Judiciário, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal intervir para superar esse estado. Deve o Supremo controlar a omissão estatal como fator de proteção deficiente de direitos fundamentais. Mais: deve defender a ordem objetiva dos direitos fundamentais contra as falhas estruturais. Em síntese, a construção teórica do estado de coisas inconstitucional, importada da Corte Constitucional colombiana, serve como argumento de revisão da noção tradicional da omissão legislativa inconstitucional e legitima o Supremo a enfrentar o maior problema de violação de direitos fundamentais do Brasil contemporâneo. Assentando que o quadro de superlotação carcerária e de condições desumanas do encarceramento configura um estado de coisas inconstitucional no Brasil, o Supremo pode trabalhar com a formulação de “remédios estruturais”.

41. Com as sentenças estruturais, que seguem à declaração do estado de coisas inconstitucional, o Supremo passará a assumir o perfil de uma Corte que não se ocupa apenas de determinados enunciados constitucionais ou ordens expressas de legislar, e sim com a Constituição como um todo e com o que ela busca de mais importante: a efetividade dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Transformative Appointments. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 101, n. 6, p. 1.164-1.184, abr. 1988.

_____. The Rise of World Constitutionalism. **Virginia Law Review**, Charlottesville, v. 83, n. 4, p. 771-798, maio 1997.

_____. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 113, n. 3, p. 633-729, jan. 2000.

ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Bogotá: UEC, 2001.

_____. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 22, n. 66, p. 13-64, set./dez. 2002.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: CEPC, 2002.

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 124-155.

BALKIN, Jack. **Constitutional Redemption. Political Faith in an Unjust World**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BARKOW, Rachel E. More Supreme than Court? **Columbia Law Review**, Nova Iorque/Nova Iorque, v. 102, n. 2, p. 237-336, mar. 2002.

BARNES, Jeb; MILLER, Mark C. Adversarial Legalism, the Rise of Judicial Policymaking, and the Separation of Powers Doctrine. In: _____. **Making Policy, Making Law. An Interbranch Perspective**. Washington: Georgetown University, 2004. p. 198-222.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?). In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). **1988 – 1998. Uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 48-62.

_____. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação. In: TEMAS de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 189-202. Tomo I.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: TEMAS de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 55-79. Tomo IV.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, Brooklim/Nova Iorque, v. 71, n. 3, p. 1.109-1.180, out./dez. 2006.

BAUM, Lawrence. **The Puzzle of Judicial Behavior**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99. In: TEMAS de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 148-172.

BOBBIO, Norberto. Presente y porvenir de los derechos humanos.. Madrid: Universidad Complutense, v. 1, p. 8-29, 1981. Anuário de Derechos Humanos.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale**. Milão: Giuffrè, 2006.

BORK, Robert. **The Tempting of America. The political seduction of the law**. New York: Touchstone, 1990.

_____. **Coercing Virtue. The worldwide rule of judges**. Washington: The AEI, 2003.

BRANDÃO, Rodrigo. A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 207-252.

_____. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Study**. New York: Cambridge University Press, 2011.

BURNS, James MacGrecor. **Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court**. New York: Penguin Press, 2009.

CABALLERO, Mauricio Albarracín; QUIJANO, Alejandra Azuero. **Activismo judicial y derechos de los LGTB en colombia sentencias emblematicas**. Bogotá: ILSA, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional. **Direito Público**, [S.l.], ano VIII, n. 42, p. 241-268, nov./dez. 2011.

_____. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al* (Org.) **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodium, 2011. p. 541-594.

_____. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

CANON, Bradley C. A Framework for the Analysis of Judicial Activism. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. **Supreme Court Activism and Restraint**. Lexington: Lexington Books, 1982, p. 385-419.

_____. Defining the dimensions of Judicial Activism. **Judicature**, Nova Iorque, v. 66, n. 6, p. 236-247, dez./jan. 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Judicial Review in the Contemporary World**. Indianapolis: Bobbs-Merril. 1971.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. **Washington University Global Studies Law Review**, Washington, v. 3, edição especial, p. 529-691, abr. 2004.

CERRI, Augusto. **Corso di Giustizia Costituzionale**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2004.

CLÉRICO, Laura. El Examen de Proporcionalidad: Entre el Exceso por Acción y la Insuficiencia por Omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel; CASTRO, Pedro P. Grández (Coord.). **El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo**. Lima: Palestra, 2010, p. 116-156.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

CORDER, Hugh. Judicial Policy in a Transforming Constitution. In: MORISON, John; McEVOY, Kieran; ANTHONY, Gordon. (Ed.). **Judges, Transition and Human Rights**. New York: Oxford University Press, 2007. p. 323-362.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden (Coord.). A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Brasília: UnB, 2014. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/stories/Documentos_Pos/Projetos_de_Pesquisa/Projeto_de_Pesquisa_-_Juliano_Zaiden_Benvindo_3_-_A_Quem_Interessa.pdf> Acesso em 4 jun. 2014.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota Law Review**, Minneapolis/Minnesota, v. 91, n. 6, p. 1.752-1.784, jun. 2007.

_____. _____. **Measuring Judicial Activism**. New York: Oxford University Press, 2009.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law**, Nova Iorque/Nova Iorque, v. 5, n. 3, p. 391-418, jul. 2007.

_____. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference. **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 47, n. 2, p. 235-286, jul. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. **Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism? **Colorado Law Review**, Boulder/Colorado, v. 73, n. 4, p. 1.401-1.416, out. 2002.

EBERLE, Edward J. **Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States**, Westport: Praeger, 2002.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington: CQ Press, 1998.

FERNANDEZ, Eusebio. Fundamento de los Derechos Humanos. **Anuário de Derechos Humanos**, Madrid: Universidad Complutense, v. 1, p. 93-106, 1981.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. **La Justicia Constitucional Europea ante El Siglo XXI**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

FERNÁNDEZ SEGADO, Franciso. El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas. Algunas cuestiones domésticas. **Estudios Constitucionales**, Santiago/Chile, ano 7, n. 2, p. 33-69, jul./dez 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) **Neconstitucionalismo(s)**. 2. ed., Madrid: Trotta, 2005.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **Political Dynamics of Constitutional Law**. St. Paul: West Publishing, 1992.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor/Michigan, v. 91, n. 4, p. 577-682, mar. 1993.

_____. The birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty. Part Five. **Yale Law Journal**, New Haven/Connecticut, v. 112, n. 2, p. 153/259, out. 2002.

_____. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, Austin/Texas, v. 84, n. 2, p. 257-337, dez. 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. Vol. I. 10ª ed., Salamanca: Ediciones Sígueme, 2003.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). **Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?** Aldershot: Ashgate, 2006.

GINSBURG, Tom; KAGAN, Robert. A. **Institutions & Public Law. Comparative Approaches**. New York: Peter Lang, 2005.

GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.) **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 81-98.

GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.). **Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies**. Londres: Frank Cass, 2004.

GLOPPEN, Siri; *et al.* (ed.) **Courts and Power in Latin America and Africa**. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

GRABER, Mark A. **A New Introduction to American Constitutionalism**. New York: Oxford University Press, 2013.

GRAGLIA, Lino A. It's not Constitutionalism, It's Judicial Activism. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge/Massachusetts, v. 19, n. 2, p. 293/299, jul./dez. 1995.

GRIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 149-166.

GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.

GROPPI, Tania. A Justiça Constitucional em Itália. **Sub Judice: Justiça e Sociedade**, Lisboa, v. 20/21, p. 71-77, 2001.

GUASTINI, Riccardo. **Le Fonti del Diritto e L'Interpretazione**. Milão: Giuffrè, 1993.

GUINER, Lana. Foreword: Demosprudence through dissent. **Harvard Law Review**, Cambridge/Massachusetts, v. 122, n. 1, p. 4-138, out. 2008.

HÄBERLE, Peter. **La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.) **Direito & Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 68-82.

HAGE, Jorge. Controle judicial sobre as omissões normativas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do (org.). **A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 165-169.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “*estado de cosas inconstitucional*”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Santiago/Chile, ano 1, n. 1, p. 203-228, jan./mar. 2003.

HESSE, Konrad. Significado de los Derechos Fundamentales. In: BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE e HEYDE. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 83-116.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison A. The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures. **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, vol. 35, n. 1, p. 75-124, mar./mai. 1997.

HUNTINGTON, Samuel P. **The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century**. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

JUSTICE, William Wayne. The two faces of judicial activism. In: O'BRIEN, David M. (Ed.) **Judges on Judging. Views from the Bench**. 8. ed. New York: W.W. Norton & Company, 2008, p. 259-271.

KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione (La Giustizia Costituzionale). **LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE**. Milão: Giuffrè, 1981, p. 166-213.

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

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**, Berkeley/California, v. 92, n. 5, p. 1.441-1.477, out. 2004.

KRAMER, Larry. We The Court. **Harvard Law Review**, Cambridge/Massachusetts, v. 115, n. 1, p. 5-169, nov. 2001.

_____. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004.

_____. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. **California Law Review**, Berkeley/California, v. 100, n. 3, p. 621-634, jun. 2012.

LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. **Harvard International Law Journal**, Cambridge/Massachusetts, v. 51, n. 2, p. 319-377, jul.dez. 2010.

LOVELL, George I. **Legislative Deferrals. Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

LUBAN, David. Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint. **Duke Law Journal**, Durhan/Carolina do Norte, v. 44, n. 3, p. 449-523, jan. 1994.

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. **Giustizia Costituzionale**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2007.

MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **Colorado Law Review**, Boulder/Colorado, v. 73, n. 4, p. 1.217-1.256, out. 2002.

MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. **La Sentencia Constitucional em Italia**, Madrid: CEPC, 2003.

MAVEETY, Nancy. (Ed.) **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2006.

McCLOSKEY, Robert McCloskey. **The American Supreme Court**. 5. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.

MENDELSON, Wallace. The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, Tennessee, v. 31, n. 1, p. 71-87, jan. 1978.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. ESTUDOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 337-367.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, Andre Rufino do (org.). **A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2005.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Mandado de injunção – A auto-aplicação do inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. In: LAFER, Celso; FERRAZ Jr., TÉRCIO SAMPAIO (coord.). **Direito, Política, Filosofia e Poesia. Estudos em homenagem ao Professor MIGUEL REALE no seu octogésimo aniversário**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 507-522.

MORELLI, Sandra. The Colombian Constitutional Court: From Institutional Leadership, to Conceptual Audacity. In: BREWER-CARÍAS, Allan R. **Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Study**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 359-395.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabajo del Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

NAGEL, Robert F. Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies. **Stanford Law Review**, Stanford/California, v. 30, n. 4, p. 661-724, abr. 1978.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al Análisis del Derecho**. 11. ed. Barcelona: Ariel, 2003.

_____. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os Imperativos da Proporcionalidade e da Razoabilidade. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 189-206.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

_____. **La Tercera Generación de Derechos Humanos**. Navarra: Aranzadi, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão e Mandado de Injunção**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

POGREBINSCHI, Thamy. Democracia Pragmática: Pressupostos de uma Teoria Normativa Empiricamente Orientada. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 53, n. 3, p. 657-693, abr. 2010.

_____. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

_____. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California Law Review** Berkeley/California, v. 100, n. 3, p. 519-556, jun. 2012.

POWE JR, Lucas A. **The Warren Court and American Politics**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2003.

_____. O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 805-830.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**, Valladolid: Lex Nova, 2001.

RINGHAND, Lori A. Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court. **Constitutional Commentary**, Minneapolis/Minnesota, v. 24, n. 1, p. 43-102, mar./mai. 2007.

RIPOLL, Julieta Lemaire. O amor em tempos de cólera: direitos LGBT na Colômbia. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 73-90, dez. 2009.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Toronto: Irwin Law, 2001.

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

RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. (Ed.) **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 81-98.

ROOSEVELT III, Kermit. **The Myth of Judicial Activism: making sense of Supreme Court decisions**. New Haven: Yale University Press, 2006.

ROSA, André Vicente Pires. **Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROSEN, Jeffrey. **The Most Democratic Branch. Hot the Courts Serve America**. New York: Oxford University Press, 2006.

ROULEAU, Paul; SHERMAN, Linsey. *Doucet-Boudreau*, Dialogue and Judicial Activism: Tempest in a Teapot? **Ottawa Law Review**, Ottawa/Ontario, v. 41, n. 2, p. 717-208, jul./dez. 2009.

RUEDA, Pablo. Legal Language and Social Change during Colombia's Economic Crisis. In: COUSO, Javier A.; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. **Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 25-50.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. **Harvard Law Review**, Cambridge/Massachusetts, v. 117, n. 4, p. 1.016-1.102, fev. 2004.

SADURSKI, Wojciech. **Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe**. Dordrecht: Springer, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direitos Fundamentais, Deveres de Proteção e Proporcionalidade: Notas a Respeito dos Limites e Possibilidades da Aplicação das Categorias da Proibição de Excesso e de Insuficiência em Matéria Penal. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Coord.) **Controle de Constitucionalidade & Direitos Fundamentais**. Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 141-172.

SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. **Arquivos de Direitos Humanos**, Rio de Janeiro, v. 4, 2002, p. 86-105.

SEGADO, Franciso. **La Justicia Constitucional. Una Visión de Derecho Comparado**. Tomo I. Madrid: Dickinson, 2009.

SEIDMAN, Louis Michael. Acontextual Judicial Review. **Cardozo Law Review**, Nova Iorque/Nova Iorque, v. 32, n. 4, p. 1.143/1.181, fev. 2011.

SEN, Amartya. Human rights and the limits of the Law. **Cardozo Law Review**, Nova Iorque/Nova Iorque, vol. 27, n. 6, p. 2.913-2.928, abr. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Controle de Constitucionalidade: Variações sobre o mesmo tema. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n.º 6, p. 12-32, 2002.

SILVA, Vírgilio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan./abr. 2009.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 44-78.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes**. New York: Basic Books, 2005.

_____. **A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Public Law and Legal Theory Working Paper**, Chicago, n.º 28, 2002.

SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges**. New York; Oxford University Press, 2000.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, Cambridge/Massachusetts, v. 7, n. 3, p. 129-156, dez. 1893.

TORRES, Ricardo Lobo. Da Ponderação de Interesses ao Princípio da Ponderação. In: ZILLES, Urbano (Coord.). **Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 636-659.

_____. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: _____. (Org.) **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 488-519.

_____. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **O Direito Ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRIBE, Laurence. **The Invisible Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away From the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. Alternatives Forms of Judicial Review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor/Michigan, v. 101, n. 7, p. 2.781/2.802, abr. 2003.

_____. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University, 2008.

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. In: TATE, C. Neal; _____. (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995, p. 10-29.

VANBERG, Georg. **The Politics of Constitutional Review in Germany**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

VERMEULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice. **William and Mary Law Review**, Williamsburg/Virginia, v. 43, n. 4, 1.557-1.567, jan. 2002.

_____. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, Nova Iorque/Nova Iorque, vol. 13, n. 1, p. 1-17, out. 1993.

_____. Judicial Review and the Conditions of Democracy. **The Journal of Political Philosophy**, Nova Iorque/Nova Iorque, v. 6, n. 4, 1998.

_____. Precommitment and Disagreement. In: ALEXANDER, Larry. **Constitutionalism. Philosophical Foundations**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 272-299.

_____. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, New Haven/Connecticut, v. 115, n. 6, p. 1.346-1.406, mar. 2006.

WEAVER, Russel L. The Rise and Decline of Structural Remedies. **San Diego Law Review**, San Diego/California, v. 41, n. 4, p. 1.617-1.632, nov./dez. 2004.

WHEELER, Fiona; WILLIAMS, John. 'Restrained Activism' in the High Court of Australia. In: DICKSON, Brice (ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 16-89.

WILKINSON III, J. Harvie. **Cosmic Constitutional Theory. Why Americans Are Losing Their Inalienable Right to Self-Governance**. New York: Oxford University, 2012.

YEPES, Rodrigo Uprimny. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.) **Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies**. Londres: Frank Cass, 2004, p. 49-69.

_____. The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). **Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?** Aldershot: Ashgate, 2006, p. 127-151.

_____. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, p. 53-69, 2007.

YEPES, Rodrigo Uprimny; VILLEGAS, Mauricio García. Corte Constitucional y Emancipación Social en Colombia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Coord.). **Democratizar la Democracia: los caminos de la democracia participativa**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 235-279.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **Colorado Law Review**, Boulder/Colorado, v. 73, n. 4, p. 1.139-1.143, out. 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1988.

ZAPISZEVSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A. (Ed.) **Consequential Courts. Judicial Roles in Global Perspective**. New York: Cambridge University Press, 2013.