

## INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI)

Milena Silva Britto dos Santos Araripe <sup>1</sup>

Antônio Mário Dantas Bastos Filho <sup>2</sup>

Cristiano Lázaro Fiuza Figueiredo <sup>3</sup>

### RESUMO

Este trabalho tem como escopo analisar os limites da inconstitucionalidade por omissão que, uma vez atrelada à teoria da eficácia das normas constitucionais, de autoria de José Afonso da Silva, restringe a garantia de efetivação dos direitos fundamentais. A metodologia aplicada ao estudo foi à revisão de literatura, bem como a pesquisa documental, a partir da análise de julgados nacionais acerca do tema, e de legislação. Os resultados deste estudo demonstraram que o formalismo na determinação da inconstitucionalidade por omissão acaba por violar a dimensão objetiva de direitos fundamentais no Brasil. Nesse sentido, o ECI mostra-se como um importante instrumento para possibilitar o reconhecimento jurídico de uma omissão inconstitucional frente a uma situação fática estabelecida de violação de direitos fundamentais, ampliando a jurisdição constitucional.

**Palavras-chave:** Estado de coisas inconstitucional. Direitos sociais. Direitos fundamentais. Inconstitucionalidade por Omissão.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, cujo tema é inconstitucionalidade por omissão e Estado de Coisas inconstitucional (ECI), tem por objetivo geral analisar o delineamento da inconstitucionalidade por omissão na doutrina e na jurisprudência pátria, uma vez que o entendimento estabelecido atualmente acarreta a ausência de remédios que garantam a efetivação de direitos fundamentais, que são normas constitucionais de eficácia plena. Nesse diapasão, foram determinados os seguintes objetivos específicos: a) demonstrar o problema da concepção semântico-formalista da inconstitucionalidade por omissão; b) tratar da importância da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais; e, c) demonstrar como o ECI pode ser uma solução para resolver o problema da declaração de inconstitucionalidade por omissão que viola a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito, Faculdade Fass, milena\_britto@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestre em Filosofia (UFBA), Faculdade Fass, mario.bastos.adv@gmail.com.

<sup>3</sup> Mestre em Políticas e Cidadania (UCSal).

Destarte, primeiramente será tratada a posição jurídica e doutrinária majoritária acerca da inconstitucionalidade por omissão, problematizando, segundo a posição de Campos (2016), a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva. Em seguida será discutida a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como importante parâmetro jurídico para a realização, principalmente, de direitos sociais. Por fim, será apresentada a solução do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) como alternativa à lacuna apontada, contextualizando e situando esse mecanismo originário da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana no ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia aplicada ao estudo foi a revisão de literatura, apresentando como principal referencial teórico a pesquisa de Campos (2016) que propõe, considerando o recorte adotado neste artigo, a necessidade de uma revisão da doutrina e jurisprudência do STF no sentido de resolver o grave problema da inconstitucionalidade por omissão. O estudo baseou-se também em pesquisa documental e de legislação.

## **2 A PROBLEMÁTICA DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

A concepção atual sobre o fenômeno da inconstitucionalidade decorre precipuamente da sistemática do controle de constitucionalidade concentrado. No Brasil, conforme menciona Cunha Júnior (2017, p. 185-186), o controle concentrado apareceu, de forma incipiente, na Constituição de 1934, vindo a se consolidar apenas com a Constituição Federal de 1988 (MARINONI, 2012, p. 756-758). Esse processo de consolidação parece, ao menos de uma perspectiva processual, em termos de jurisdição constitucional, ter como marco o surgimento das vias de ação a partir das quais se estabeleceu pelo menos dois tipos distintos de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade direta e a inconstitucionalidade por omissão.

A inconstitucionalidade direta – forma típica – realiza-se a partir do confronto imediato entre a norma jurídica derivada diretamente da Constituição – lei ou ato normativo autônomo –, e a norma constitucional. As vias de ação que podem corrigir essas situações de suposta inconstitucionalidade são a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Por ambas as vias, é possível se reconhecer o fenômeno da inconstitucionalidade direta com produção de efeitos *erga omnes*. Trata-se de um fenômeno que se estabelece a partir da aplicação da teoria kelseniana, sem qualquer extravagância.

A inconstitucionalidade por omissão, por outro lado, é um fenômeno mais contemporâneo que pode apenas ser inferido da citada teoria. Não há, propriamente, um

conflito típico hierárquico entre normas infraconstitucionais e constitucionais. O que há é o reconhecimento, em linhas gerais, de que a omissão do legislador pode, efetivamente, implicar em desrespeito a um comando direto do Poder Constituinte Originário expresso pelo Texto Constitucional. Nesse ponto, observa-se que há um resgate do sentido de realização da Constituição, bem como uma preocupação com sua perspectiva de efetividade.

Esse tipo de inconstitucionalidade foi determinado no art. 103, § 2º da CF/88, mas passou a integrar, formalmente, o ordenamento jurídico brasileiro com o advento das Leis n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, e n. 12.063, de 27 de outubro de 2009 (BRASIL, 1999a; 2009). Por meio das referidas leis, normatizou-se, em via de ação própria de controle concentrado, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade por omissão.

Quando se trata de ADI, tem-se uma norma supostamente editada em desconformidade com a Constituição que deve ser eliminada do ordenamento jurídico se, ao ser cotejada com a Lei Maior, mostrar-se com ela incompatível. Nessa esteira, muitas vezes uma decisão do Poder Judiciário acaba por anular os atos normativos criados pelos detentores da competência legiferante como consectário do sistema de freios e contrapesos e como garantia da estabilidade do ordenamento jurídico<sup>4</sup>.

A inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, decorre da inação total ou parcial do Estado em elaborar atos legislativos ou executivos essenciais para a efetivação de norma constitucional ou para satisfação de direito fundamental. (NOVELINO, 2011, p. 249). Esse é, a propósito, o objeto da ação da ADO. A amplitude do conteúdo do objeto da ação, nos termos do entendimento do STF, como se verá, é um dos pontos centrais da discussão aqui aventada. Por se tratar de um não fazer, muitos entendem que a inércia do Poder Público estaria protegida pela discricionariedade, cabendo aos detentores do voto popular fazer o juízo de oportunidade e conveniência para estabelecer quais seriam os temas prioritários sobre os quais legislar.

Assim, em que pese a inconstitucionalidade por omissão estar vinculada à não elaboração ou à elaboração deficitária de atos normativos, por vezes a norma infraconstitucional garantidora de eficácia constitucional existe, é suficiente para garantir os

---

<sup>4</sup> Segundo Campos (2016, p.25-27), tendo em vista que os representantes do Poder Judiciário não são escolhidos por meio de voto popular, sob o argumento de que não possuiriam legitimidade para tanto, a postura do judiciário sofre muitas críticas no que se refere à possibilidade de usurpação de competências. Essa crítica se mostra ainda mais contundente quando estamos diante de uma inconstitucionalidade por omissão. Por outro lado, referido autor (p. 46-47) entende a que determinação de instrumentos capazes de controlar a omissão legislativa foi a alteração mais relevante proposta pela CF/88 por se tratarem de mecanismos essenciais para assegurar os direitos fundamentais.

mandamentos constitucionais, mas, ainda assim, as omissões inconstitucionais persistem<sup>5</sup>. Estar-se-ia diante de uma espécie de inconstitucionalidade por omissão não prevista nos mecanismos tradicionais de controle, mas que precisa ser levada em consideração. A propósito disso, oportuna a afirmação de Campos (2016, p. 25-27) que entende que, ao deixar de normatizar preceitos constitucionais de eficácia limitada ou fazê-lo de maneira deficitária, os agentes públicos estariam enfraquecendo a Carta Política e incorrendo em inconstitucionalidade patente.

Nesse ponto, surge a primeira questão a ser analisada pelo presente trabalho, qual seja: os critérios para a definição do objeto da ADO. A doutrina define os limites da ADO a partir de uma perspectiva formalista estrita que leva em consideração, eminentemente, a relação entre parâmetro e objeto típico. Para a doutrina majoritária, o objeto típico da ADO é aquele que se relaciona com o que Silva (1993) classifica como norma de eficácia limitada, ou seja, aquela que precisa de complementação infraconstitucional.

Atualmente existem três correntes de entendimento acerca da relação que determina os contornos da inconstitucionalidade por omissão no Brasil. A primeira delas, majoritária, entende que o objeto da ADO são as normas de eficácia limitada, restringindo-se aos atos normativos primários. A segunda é uma simples derivação da corrente majoritária com ampliação do objeto, uma vez que inclui os atos normativos secundários. Por sua vez, a terceira corrente, mais recente, ocupa-se, sobretudo, em resolver o problema concreto da violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, considerando que a referida violação deve ser, senão o principal parâmetro, pelo menos um importante critério adicional, para se definir aquilo que se considera como omissão inconstitucional. Essa terceira corrente, da qual Campos (2016) é um importante expoente, aponta justamente o problema da lacuna criada pela aplicação da teoria majoritária para definir o objeto da ADO e, por conseguinte, os limites da declaração de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento jurídico brasileiro. Esse posicionamento crítico é um importante referencial teórico do presente estudo.

---

<sup>5</sup> Pode-se citar como exemplo da situação acima ventilada, o caso do sistema carcerário do Brasil, tema da ADPF n. 347 que decretou ECI no nosso sistema prisional. O Brasil possui legislação adequada sobre o tema consubstanciada na Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, que instituiu a Lei de Execução Penal. Trata-se de uma lei completa, cujo conteúdo é suficiente para suprir as determinações constitucionais. Entretanto, mesmo frente a uma legislação não omissa, foi decretada a inconstitucionalidade, por inobservância à garantia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais dos internos em nossos presídios. O reconhecimento do ECI no sistema prisional brasileiro pela Corte Constitucional aponta para uma mudança de entendimento acerca da concepção de inconstitucionalidade, uma vez que além do reconhecimento tradicional de inconstitucionalidades relacionadas às normas jurídicas, nossa Corte Suprema passou a reconhecer uma situação de fato, um estado de coisas, como inconstitucional.

Consoante mencionado, a primeira teoria, a majoritária, baseada na doutrina de José Afonso da Silva, tem determinado os critérios para a declaração da inconstitucionalidade por omissão pelo STF. Nesse sentido, direitos fundamentais, por serem normas de eficácia plena e autoaplicáveis, não estariam sujeitas ao reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão. Essa questão merece ser melhor esclarecida. Senão, vejamos.

Silva (1993, p. 7-22) leciona que todas as normas constitucionais possuem algum grau de eficácia. Algumas, porém, não apresentam a plenitude de efeitos jurídicos pretendida pelo constituinte quando da sua edição. Para o referido autor, as normas constitucionais dividem-se em três espécies: normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata e possivelmente não integral; e, as normas de eficácia limitada, que se dividem em declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos.

Em outras palavras, normas de eficácia plena são aquelas que, ao menos de uma perspectiva formal, produzem seus efeitos imediatamente, prescindindo de complementação infraconstitucional. As normas de eficácia contida são aquelas que podem ter seus efeitos restringidos pelo legislador infraconstitucional, em que pesem já produzirem todos seus efeitos imediatamente com a promulgação da Constituição. Por fim, as normas de eficácia limitada precisam de complementação infraconstitucional para que surtam todos os seus efeitos, fazendo-se, assim, necessária a edição de normas complementares para conferir-lhes eficácia plena. Nas palavras do próprio autor, normas de eficácia limitada são aquelas que “[...] dependem de uma providência ulterior (lei integrativa, processo especial, etc.) que lhe complete a eficácia e disponha sobre sua aplicação” (SILVA, 1993, p. 11).

Nesta senda, podemos afirmar que, segundo a doutrina mais ortodoxa e formalista, a finalidade da ADO não é outra senão, e apenas, conferir eficácia plena às normas constitucionais de eficácia limitada, observando sempre a supremacia da Constituição. Porém, é bem evidente que, no mundo dos fatos, muitas vezes nos deparamos com omissões constitucionais mesmo diante de normas de eficácia plena ou da existência das normas necessárias à efetivação das normas constitucionais de eficácia limitada.

Diante da constatação da inação ou ineficácia dos poderes públicos em formular e executar políticas públicas que assegurem o quanto determinado pela constituição, o poder constituinte originário, na carta cidadã de 1988, preocupou-se em prover um mecanismo de jurisdição constitucional que permitisse sanar a omissão que se convalida em violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pelos referidos poderes. Foi nesse sentido que a ADO teria sido originalmente pensada, sugere Cunha Júnior (2017, p. 258), quando afirma

que “[...] com essa ação de controle abstrato das omissões, o constituinte quis superar, em favor da supremacia e efetividade da Constituição, o estado de inconstitucionalidade decorrente das omissões do poder público” (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 258). Porém, como já previamente mencionado, a interpretação formalista subordinada à teoria da eficácia das normas constitucionais, que atrela a declaração da inconstitucionalidade por omissão a uma perspectiva também formalista, contribuiu para desvirtuar aquela aparente intenção original do constituinte.

O entendimento do STF tem sido como já explicitado, pela perspectiva formalista em consonância com a teoria da eficácia das normas constitucionais de José Afonso da Silva, como firmado em diversos acórdãos da corte<sup>6</sup>. Tal posição, porém, torna-se bastante problemática quando se considera a necessidade de mecanismos de jurisdição constitucional que garantam a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. De uma perspectiva concreta, não é incomum que em um Estado Democrático Constitucional de Direito a inação ou ação precária dos poderes públicos se consubstancie em uma violação de direitos fundamentais, mormente os de segunda geração, haja vista que a obrigação de realizar tais direitos necessariamente demanda uma prestação do poder público.

Nesse diapasão, Campos (2016, p. 33) entende que excluir do campo da omissão inconstitucional a aplicação inadequada das normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral (normas autoaplicáveis) implicaria em um apego a um formalismo que, nos termos apontados, apenas serve para contrariar um dos preceitos mais importantes da constituição de 1988: a necessidade de observância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

[...] o reducionismo semântico-estrutural da doutrina tradicional revela-se no argumento da imprescindibilidade de um enunciado normativo constitucional que encerre um mandato expresso e dê origem a um “dever específico de legislar” (de normatizar e geral), 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 inconstitucional apenas quando o legislador deixar de produzir uma lei que a Constituição determina a elaboração de forma direta, explícita e inequívoca por meio de um enunciado normativo específico. O pressuposto normativo constitucional da omissão

---

<sup>6</sup> Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2. da cf.). ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de que trata o parágrafo 2. do art. 103 da nova cf., não é de ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em caso concreto, mas sim visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado. (BRASIL, 1989).

legislativa inválida seria, dessa forma, uma questão tão somente de estrutura e de tipologia dos enunciados constitucionais em jogo. (CAMPOS, 2016, p. 45).

Há, nesses termos, uma evidente lacuna na garantia dos direitos fundamentais de segunda dimensão. É nesse sentido que se faz necessária a superação da mencionada visão que se concentra em uma concepção formalista, considerando exclusivamente elementos semântico-estruturais, que consagra uma inconstitucionalidade por omissão sem qualquer consideração de ordem material (CAMPOS, 2016, p. 41). De outra forma, a manutenção de tal raciocínio implicaria em considerar a absurda hipótese de que as normas constitucionais autoaplicáveis se realizam por si só, sem qualquer atuação do poder público o que, na prática, torna tais direitos muito menos realizáveis do que se poderia imaginar. Essa concepção reitere-se, compromete, sobretudo, os direitos fundamentais sociais.

De uma perspectiva material, conforme já mencionado, é preciso considerar que há pouco de autoaplicabilidade, em sentido concreto, em uma norma considerada como de eficácia plena. Não há norma que se autoexecute no mundo sem alguma medida de atuação do poder público. Essa constatação é ainda mais sensível no que tange àquelas normas que carregam direitos fundamentais sociais as quais, quando dissociadas dos mecanismos que reafirmam sua garantia ao alcance dos cidadãos, veem-se sensivelmente precarizadas em sua pretensa eficácia absoluta. Em outras palavras, não há eficácia possível sem realização material, o que implica em reconhecer que para cada direito é preciso que haja mecanismos que garantam a sua realização<sup>7</sup>.

Nesse sentido, a preocupação com a aplicabilidade imediata desses direitos, com espeque nas lições de Branco (2018, p. 153), verifica-se nos ordenamentos jurídicos modernos como uma maneira de evitar “que as posições afirmadas como essenciais da pessoa quedem como letra morta ou que só ganhem eficácia a partir da atuação do legislador”, evitando o esvaziamento do conteúdo dessas normas por ação ou omissão legislativa.

Na verdade, o caráter de aplicabilidade imediata deveria reforçar a essência obrigacional das ações dos poderes públicos no sentido de realização dos direitos fundamentais. Isso é particularmente verdade em face dos imensos desafios estruturais da realidade social e histórica brasileira que convergem no flagelo da desigualdade social. Para que isso aconteça é preciso estender garantias processuais aos cidadãos, ainda que pela via do

---

<sup>7</sup> Mesmo de uma perspectiva que observa exigência normativas formais, é sempre oportuno reforçar a importância do artigo 5º, §1º da CF/88 enquanto parâmetro objetivo de uma hermenêutica constitucional. Quando a norma constitucional mencionada afirma que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, está aí inscrita a preocupação do legislador constitucional em não submeter a realização daqueles direitos definidores do estado social de direitos - e, por conseguinte da cidadania no ordenamento jurídico pátrio - aos interesses de qualquer legislador infraconstitucional.

controle concentrado, no sentido de permitir o pleito dessa dimensão de realização objetiva dos direitos fundamentais, algo que, segundo a tradição doutrinária jurídica majoritária, não se acomoda teoricamente ao fenômeno da inconstitucionalidade por omissão.

Perante a necessidade de se superar esse desafio concreto é que autores como Campos<sup>8</sup> propõem uma nova concepção teórica para a verificação do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, no sentido de se voltar para o necessário escopo de realização dos direitos fundamentais.

### **3 A VIOLAÇÃO DA DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Observar a relação entre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a inconstitucionalidade por omissão, a partir de critérios materiais, parece ser crucial para a sugerida superação. E, não por acaso, conforme será observado, essa relação se encontra, também, no cerne da gênese do ECI enquanto mecanismo de garantia de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais comportam tanto uma dimensão subjetiva quanto uma dimensão objetiva. Nas lições de Hernández (2003, p. 207), a dimensão subjetiva se ocupa simplesmente em enunciar sujeitos de direitos de liberdade, que têm essa condição garantida pela instituição de mecanismos que imponham limites ou afastem a ação do Estado ou de outros indivíduos que ameacem a referida expressão da liberdade individual.

Por outro lado, a dimensão objetiva considera os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de princípios e valores que demandam um conjunto de atividades do Estado, não apenas de caráter legislativo, mas, sobretudo, de implementação de políticas públicas através de um conjunto de atividades administrativas, direcionadas ao cumprimento dos chamados mandados de otimização e deveres de proteção em matéria de direitos fundamentais (ALEXY, 1997 apud HERNÁNDEZ, 2003).

Dessa forma, preservar a dimensão objetiva, é importante que se diga, não significa simplesmente oferecer de forma precária, a fim de atender a um critério meramente formal, a prestação abstratamente imposta pela norma constitucional. Sob o prisma da dignidade da pessoa humana, particularmente, essa obrigação adquire um caráter deontológico que serve

---

<sup>8</sup> A preocupação teórica deve recair na efetividade dos direitos fundamentais envolvidos, e não na eficácia formal dos dispositivos constitucionais correspondentes. A preocupação maior deve ser com o projeto de Constituição como um todo, e não com dispositivos específicos. [...] 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. (CAMPOS, 2016, p. 54).



como parâmetro bem definido. Se os direitos fundamentais sociais não se realizam no sentido orientado pelos parâmetros jurídicos estabelecidos pela dignidade da pessoa humana é possível se considerar que houve violação de sua dimensão objetiva. (BARROSO, 2013, p. 71-98). Como ressalta Hernández (2003, p. 204), mecanismos contra a violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais devem observar, também, agilidade e proteção imediata em face da omissão dos responsáveis.

Segundo Sarlet (2012, p. 295-299), além das funções supramencionadas, a dimensão objetiva obriga o Estado a proteger os direitos fundamentais individuais frente ao próprio Estado, a particulares e a estados estrangeiros. Essa dimensão dos direitos fundamentais está associada a uma obrigação positiva por parte da autoridade pública, na medida em que é integrante de uma estrutura estatal caracterizada como um Estado Social de Direitos<sup>9</sup> (HERNÁNDEZ, 2003, p. 207-212).

Em outras palavras, quando compreendidos em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais são considerados mandados de ação<sup>10</sup> e deveres de proteção que se impõem ao Estado, que determinam pautas, fins e objetivos que devem ser alcançados não apenas pela via legislativa, mas também pela via executiva e, finalmente, pela via judicial.

As constituições, na condição de lei fundamental, estabelecem uma ordem objetiva de valores, que emana da dignidade humana, e se irradia por todo o ordenamento jurídico, impondo aos poderes públicos, em todas as suas instâncias, o cumprimento daquelas diretrizes que servem à garantia e ao respeito dos direitos fundamentais que se traduzem também na não violação da dimensão objetiva desses direitos (HERNÁNDEZ, 2003, p. 207-208).

A violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, enfim, dá-se simplesmente pela omissão dos poderes públicos em realizá-los no sentido do mínimo de observância da dignidade da pessoa humana, sendo, dessarte, uma evidente inconstitucionalidade por omissão. Dessa forma, enquanto critério material, mais do que critérios semânticos e formais, a violação da dimensão objetiva de direitos fundamentais deve servir ao reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão e, na ausência de um mecanismo próprio no sistema

---

<sup>9</sup> O Estado Social de Direitos se diferencia da figura do Estado de Direitos típico do Século XIX por ter elencados entre seus direitos fundamentais, aqueles classificados como de segunda geração ou dimensão, reconhecidos como Direitos Sociais ou Direitos Positivos, os quais versam sobre os direitos de igualdade e, portanto, demandam necessariamente uma ação concreta e ativa por parte do Estado na realização dos mesmos, seja em sede executiva, legislativa ou judicial.

<sup>10</sup> Trata-se de um legítimo mandato aberto conferido pelo poder constituinte originário aos “poderes” constituídos, com orientação determinada e objetiva em suas funções de implementar, dentro do escopo de suas funções e competências típicas, políticas públicas e normatizações jurídicas que concretamente supram omissões ou afastem óbices que prejudiquem o gozo daqueles direitos fundamentais por parte de quaisquer cidadãos, individual ou coletivamente considerados.

jurídico pátrio, mostra-se interessante o instrumento criado pela Corte Constitucional Colombiana (CCC) denominado de ECI.

#### **4 O ECI COMO UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL**

O ECI é um instituto jurídico criado pela CCC. Em 2015, o referido mecanismo foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), adentrando o ordenamento jurídico pátrio no bojo de importante decisão exarada no curso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, na qual se questionava a situação de violação sistemática, massiva e estabelecida dos direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro.

O estado de coisas inconstitucional é uma situação concreta de violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, estabelecida através da ineficácia dos poderes públicos que fracassam, sistematicamente e de maneira prolongada, em prover e coordenar políticas públicas que viabilizem a realização daqueles direitos (CAMPOS, 2016, p. 180-183). Assim, podemos considerar que, enquanto possível objeto de jurisdição constitucional, o estado de coisas inconstitucional se caracteriza por ser uma situação diferenciada e aguda de inconstitucionalidade por omissão consolidada de forma mais generalizada e profunda.

Destacamos a distinção entre o estado de coisas inconstitucional propriamente dito e o mecanismo de jurisdição constitucional que lhe é correlato, o ECI. O estado de coisas inconstitucional, conforme mencionado, é uma situação ampla e generalizada de inconstitucionalidade por omissão, definida a partir de critérios formais e materiais, decorrente de um cenário estabelecido de violações sistemáticas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em um contexto de litígio estrutural.

O ECI, por sua vez, é o mecanismo de jurisdição constitucional voltado para resolução dessas violações e que serve à declaração da mencionada inconstitucionalidade por omissão que se estabelece de forma mais grave.

Assim, a inconstitucionalidade por omissão reconhecida através de um ECI não se restringe apenas aos critérios formais, aos quais a doutrina majoritária circunscreve o objeto da ADO. De forma mais abrangente, o que se reconhece é que uma série de situações fáticas, relacionadas direta ou indiretamente a alguma espécie de omissão normativa ou administrativa dos órgãos públicos no âmbito de um Estado Constitucional de Direito, estabelece de maneira sistemática e geral um estado de coisas que viola determinações do Poder Constituinte Originário expressas nos direitos fundamentais elencados pelo texto constitucional.

Essa diferenciação de objeto, aparentemente, é suficiente para suscitar a ocorrência de um fenômeno que ultrapassa os contornos da inconstitucionalidade típica normativa entendida em seu sentido estrito, sendo possível, inclusive, cotejar uma noção - ainda que não imediatamente desenvolvida nessa oportunidade - do reconhecimento de uma inconstitucionalidade material e concreta. Nesse sentido, sabendo-se que não há no Brasil uma ação formal de controle de constitucionalidade voltada a resolver as questões relacionadas à omissão inconstitucional pela violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a adoção do ECI se mostra promissora no país.

No que tange ao ECI, é fundamental reforçar não se tratar de uma ação constitucional, mas de um mecanismo hermenêutico que visa a garantia da dimensão objetiva de direitos fundamentais no âmbito da jurisdição constitucional concentrada; nesse sentido é também uma forma de ativismo judicial dialógico estrutural<sup>11</sup>, cujo escopo é buscar a solução para situações de litígio estrutural em que haja a violação grave e estabelecida dos direitos fundamentais de um grupo de pessoas como resultado da má atuação ou da omissão dos poderes públicos, garantindo-se, em última instância, os valores constitucionais de determinada sociedade organizada em torno de um Estado Democrático Constitucional de Direitos com destacado viés social.

Analisando-se o caso brasileiro, percebe-se que, teoricamente, o ECI é perfeitamente compatível com a estrutura adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, uma vez que ele possui instrumentos capazes de permitir a sua declaração, quais sejam: a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, o mandado de injunção e a repercussão geral em recurso extraordinário. (CAMPOS, 2016).

Como não há possibilidade de reconhecer inconstitucionalidade por omissão através de ADO quando se trata de norma constitucional de eficácia plena, como são os direitos fundamentais, o ECI se apresenta como mais do que uma resposta apropriada, mas, sobretudo, urgente e necessária para lidar com situações críticas que sistematicamente atentam frontalmente contra a dignidade da pessoa humana.

## **5 CONCLUSÃO: ECI, ADPF E INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

---

<sup>11</sup> Campos (2016, p. 217-256) define como ativismo judicial dialógico, aquele ativismo no qual o Judiciário atua buscando articular ações com os demais poderes em função da realização de direitos fundamentais, e não meramente impondo sua força sobre os demais em uma nítida situação de conflito.

A partir deste trabalho buscou-se demonstrar como a concepção formalista da inconstitucionalidade por omissão acaba por permitir a violação da dimensão objetiva de direitos fundamentais no Brasil.

Nesse diapasão, segundo Campos (2016), para realizar determinações do poder constituinte originário, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais de segunda geração, faz-se necessária uma ampliação nos critérios de reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão. Atualmente os critérios são apenas semântico-formais, enquanto que, diante dos desafios estruturais e da desigualdade social do Brasil, é mais do que urgente a necessidade de observância de critérios materiais. Em outras palavras, faz-se imperioso reconhecer que frente à importância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais a violação desses direitos é também uma inconstitucionalidade por omissão.

Embora amplamente criticado por parte da doutrina como apenas mais uma forma de ativismo judicial, o ECI pode, considerando-se a problemática limitação formalista da declaração de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento jurídico brasileiro, servir como um importante remédio constitucional. Por meio dele é possível que uma situação fática estabelecida de violação de direitos fundamentais seja juridicamente reconhecida como uma inconstitucionalidade por omissão atípica, a partir de critérios materiais, superando assim o formalismo majoritário criticado.

Por fim, oportuno ressaltar que o ECI não pode ser considerado uma via de ação própria para o reconhecimento desta forma de inconstitucionalidade por omissão. Frise-se que a inconstitucionalidade por omissão típica, em termos processuais, é declarada por meio da ADO. Assim, para que se reconhecesse, por meio do controle concentrado da jurisdição constitucional, a inconstitucionalidade por omissão atípica, seria necessária uma via de ação própria com objeto menos restrito do que o da ADO. Nesse sentido, a ADPF se apresenta.

A ADPF está prevista no art. 102, § 1º da CF/88 e foi regulamentada na Lei nº 9.882/99 (BRASIL, 1999b). Através da ADPF se reconhece a violação de preceito fundamental da Constituição que, nos termos da legislação específica, pode se dar por qualquer ato do poder público, e não apenas por sua atuação normativa comissiva ou omissiva. Assim, ela se diferencia das demais vias de ação da jurisdição constitucional por ter seu objeto significativamente ampliado, fato que possibilitou a transposição do instituto do ECI, da realidade constitucional colombiana, para o ordenamento jurídico brasileiro, permitindo, como consequência, o reconhecimento de outra forma - atípica - de inconstitucionalidade por omissão, baseada em critério material e não apenas semântico formais.

Assim, embora o ECI não seja uma via de ação propriamente dita, é um importante mecanismo hermenêutico que, uma vez inserido na jurisdição constitucional brasileira por intermédio da ADPF, permite o reconhecimento de situações sistematicamente estabelecidas de inconstitucionalidade por omissão que violam a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mormente os de segunda geração, situação que a doutrina e a jurisprudência majoritária frequentemente ignoram pela via da ADO.

## REFERÊNCIAS

BARROSO. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Noções introdutórias. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Orgs.). **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 37-38.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 fev. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] União,** Brasília, DF, 11 nov. 1999a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm). Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] União,** Brasília, DF, 06 dez. 1999b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm). Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 19/AL. Requerente: Fernando Affonso Collor de Mello, na qualidade de Governador do Estado de Alagoas. Requerido: Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas. Relator: Ministro Aldir Passarinho. **Diário de Justiça,** Brasília, DF, p. 5456, 14 abr. 1989. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+19%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+19%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cp8yqzd>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BRASIL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 Distrito Federal. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Intimado: União et al. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. **Diário de Justiça,** Brasília, DF, 14 set. 2015. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 24 jun. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017

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”. **Estudios Constitucionales**, Santiago, v. 1, n. 1, p. 203-228, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. O surgimento do controle judicial de constitucionalidade no Direito Comparado e a sua evolução no Direito brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Orgs.). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 707-1200.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

SARLET. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Orgs.). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 247-348.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 2, n. 2, p. 7-22, ago. 1993.