

**CONTRIBUIÇÕES DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PARA A
SUPERAÇÃO DAS OMISSÕES NÃO NORMATIVAS: DOSENTRAVES
INSTITUCIONAIS AO DESENVOLVIMENTO HUMANO¹**

**CONTRIBUTIONS FROM THE STATE OF UNCONSTITUTIONAL THINGS TO
OVERCOME THE NON-NORMATIVE OMISSIONS: OF INSTITUTIONAL
BARRIERS TO HUMAN DEVELOPMENT**

Cynara Monteiro Mariano²

Emmanuel Teófilo Furtado³

Isabelly Cysne Augusto Maia⁴

Resumo: Na Arguição de Preceito Fundamental nº 347 declarou-se a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) relativamente à situação de superlotação das penitenciárias. Assim, o Supremo optou por remodelar a política pública carcerária, não contando com a participação dos poderes políticos competentes. Diante dessa postura solipsista, observa-se que a decisão não tem produzido os efeitos esperados. Assim, objetiva-se analisar se o ECI é compatível com o constitucionalismo nacional. Enquanto metodologia, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, documental e do método indutivo. Constatou-se que o ECI não foi meio efetivo para empreender modificação da realidade, haja vista a postura antidialógica adotada, mas, em havendo superação de seus entraves, esse instituto poderá funcionar como um importante mecanismo de desenvolvimento humano e de ultrapassagem dos bloqueios institucionais. Conclui-se pela importância do diálogo e da primazia que a esfera política deve apresentar na fixação de políticas públicas, para que o ECI seja devidamente incorporado.

¹Artigo recebido para publicação em 10 de janeiro de 2018 e aprovado em 30 de maio de 2018.

²Pós-doutora pela Universidade de Coimbra (2012). Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2009). Mestre em Direito Público (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará (2005). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998). Professora da graduação e do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Vice-Presidente do Instituto Latino Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia – ILAEDPD. Diretora Acadêmica do Instituto Cearense de Direito Administrativo – ICDA. Ex-presidente da Fundação Escola Superior de Advocacia do Ceará - FESAC (2004/2006) e da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-CE (2006). Consultora ad hoc e membro do Grupo Assessor Especial da Diretoria de Relações Internacionais da Capes. ORCID ID: 0000-0001-6157-8779.

³ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1999). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1994). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1986). Atualmente é Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho do Ceará - TRT/CE. Professor da Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

⁴ Mestranda em Ordem Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-Graduada em Direito Administrativo pela PUC-Minas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (*Magna cum laude*). Advogada no escritório Cintra Mourão Advogados e Associados. ORCID ID: 0000-0002-7178-336X.

Palavras-Chave: Omissões não normativas; Estado de Coisas Inconstitucionais; Entraves Institucionais; Desenvolvimento Humano; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.

Abstract: In the Action of Breach of Basic Precept n ° 347 the existence of a state of unconstitutional things (ECI) was declared in relation to the situation of overcrowding of penitentiaries. The Supreme Court therefore chose to reshape prison public policy, not counting on the participation of the competent political powers. In the face of this solipsistic posture, it is observed that the decision has not produced the expected effects. Thus, it is objective to analyze whether the ECI is compatible with national constitutionalism. As a methodology, it was used for bibliographic, documentary research and the Inductive method. It was found that the ECI was not an effective way to undertake modification of the reality, the Antidualógica posture adopted, but, in the overcoming of its barriers, this Institute could act as an important mechanism of human development and overtaking of institutional blockades. It is concluded by the importance of dialogue and primacy that the political sphere must present in the setting of public policies, so that the ECI is properly incorporated.

Key Words: Non-normative omissions; State of unconstitutional things; institutional barriers; Human development; Action of Breach of Basic Precept nº 347.

1. Introdução

Em face da insuficiente efetividade estatal na concretização dos direitos sociais e econômicos constitucionalmente estabelecidos, a justificar tradicionalmente as crises políticas e econômicas que se alternam e sucedem-se no país, emerge na teoria constitucional nacional a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), o qual foi adotado no Brasil por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, tendo como ambiente a crise do sistema penitenciário. Nesse sentido, a declaração de um ECI revela a existência de um grave problema social, a ponto de exigir um conjunto complexo e coordenado de ações, envolvendo medidas legislativas, executivas e orçamentárias de formulação, reestruturação e execução de políticas públicas coordenadas, franqueando-se até mesmo a controversa atuação do judiciário nessa seara.

A investigação da aplicação do ECI na seara dos serviços públicos, não restrita obviamente à política penitenciária, é importante porque o sistema jurídico brasileiro não dispõe de meios constitucionalmente estabelecidos para exercer o controle de constitucionalidade das omissões não normativas. Afinal, tradicionalmente, a inconstitucionalidade é compreendida em uma perspectiva legiscêntrica. Assim, problematiza-se a possibilidade de o Estado de Coisas Inconstitucional, enquanto fundamento de decisão judicial, a partir da ADPF nº 347, constituir ou não um meio legítimo para superar as omissões inconstitucionais não normativas e garantir o desenvolvimento humano, na medida em que busca ampliar a efetivação dos direitos sociais.

Um dos aspectos difíceis, no que tange à problematização proposta, reside no fato de que, nos moldes em que foi adotado na ADPF nº 347, o Supremo Tribunal Federal findou por ampliar as competências do Poder Judiciário, pavimentando um caminho perigoso para a usurpação das funções dos poderes políticos por excelência.

Com o objetivo de situar e responder ao problema de pesquisa elucidado, realizou-se análise documental da fundamentação utilizada na ADPF nº 347, investigando-se a (in)efetividade das ordens traçadas na própria decisão cautelar. Complementando a pesquisa documental, realizou-se estudo bibliográfico, com o desiderato de analisar as incongruências na importação do Estado de Coisas Inconstitucional da tradição colombiana para a brasileira, evidenciando que se tais incongruências forem superadas, o ECI poderá funcionar como um importante mecanismo para a superação das omissões não normativas, garantindo ampliação do desenvolvimento humano e redução das crises e entraves institucionais, haja vista o ganho democrático que esse instituto é capaz de produzir.

Impende esclarecer que os entraves institucionais, ou falhas estruturais, nomenclatura também utilizada pela doutrina, constituem deficiências no ciclo de formação e execução das políticas públicas. Logo, não são questões que podem ser solucionadas de forma simplista, haja vista que envolve diversas instituições, perpassando por deficiências no procedimento, na fixação de desenhos, implementação, avaliação e financiamento de políticas públicas. Assim, um entrave institucional constitui espécie de problemática que demanda a atuação conjunta de vários órgãos e poderes para a sua resolução, não sendo suficiente a ordem destinada a um único órgão. Veja-se, por exemplo, o caso da política pública penitenciária, alvo das considerações da ADPF nº 347. Para a resolução do problema penitenciário no país não se faz suficiente determinar o simples aumento do investimento, trata-se de uma questão que perpassa diversos órgãos e as mais diferentes análises para ser integralmente solucionado,

como questões sociológicas, de política judiciária e orçamentária, ausência de um programa político destinado especificamente a população encarcerada, dentre outras.

Por se propor a solucionar falhas e entraves estruturais é que as sentenças, as quais utilizam o ECI enquanto fundamento, são chamadas de sentenças estruturais. A adequabilidade da sentença estrutural pressupõe que é o próprio arranjo burocrático que se encontra com problemas, de modo que a reorganização a ser implantada pelo judiciário visa levar essa estrutura fragilizada para dentro dos limites constitucionais, melhorando a perspectiva das políticas públicas, em favor de um conjunto de grupos e indivíduos interessados. Nesse sentido, sentenças estruturais, para as quais o Estado de Coisas Inconstitucional constitui fundamento, seriam aquelas em que a intervenção jurisdicional passaria a ser continuada, com constante fiscalização e ajuste. Essas características surgem pelo fato de que em processos estruturais há amplos e diversos valores sociais envolvidos, já que sua necessidade advém de situações em que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não tem sido concretizada, sobretudo em razão de omissões inconstitucionais não normativas.

Nesse sentido, quando se fala que o Estado de Coisas Inconstitucional poderá funcionar como um importante instrumento para a superação dos entraves institucionais e logo permitir o desenvolvimento humano, está-se defendendo o ponto de vista que se adotado de forma dialógica, em que o judiciário viabilize os diálogos entre os mais diversos órgãos responsáveis pela implementação da política deficiente, tais falhas estruturais poderão ser suplantadas e os níveis de desenvolvimento humano ampliados, uma vez que a população poderá faticamente usufruir de direitos fundamentais que até então não estavam sendo devidamente prestados em virtude das omissões dos agentes competentes.

Considerando que a análise do trabalho recaiu sobre a realidade brasileira, com enfoque na decisão cautelar prolatada no âmbito da ADPF nº 347, houve predominância do método indutivo, uma vez que se partiu de uma experiência particular para gerar observações gerais acerca da efetividade do Estado de Coisas Inconstitucional, enquanto fundamento de decisões judiciais para superar as omissões inconstitucionais. Concluiu-se, com o desenvolvimento da presente pesquisa, que o ECI poderá tornar-se compatível com a realidade constitucional brasileira, desde que o judiciário busque realizar diálogos entre os poderes políticos, fixe padrões de controle no cumprimento dessas decisões judiciais ou, se o caso comportar, estabeleça sanções pelo descumprimento dos planos de ação propostos pelos poderes políticos e homologados pelo judiciário, possibilitando o desenvolvimento humano racional, mediante a ampliação na realização dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Acredita-se, assim, que os diálogos institucionais, viabilizados pela cooperação constitucional, conceitos que serão trabalhados no último tópico desse trabalho, possibilitarão um acompanhamento pelo judiciário acerca das falhas estruturais diagnosticadas quando da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional até que essas sejam superadas. Por isso, defende-se que dentro dessa abordagem mais dialogal, o acompanhamento judicial permanecerá apenas durante o período estritamente necessário para que se verifique a cessação dos entraves diagnosticados. Nesse aspecto, acosta-se ao enfoque de César Rodríguez Garavito (2009, p. 436), para quem o ECI cessa quando for verificada, mediante uma análise informada e detalhada, que não estão mais presentes as condições e processos que motivaram a sua declaração. Para tanto o autor sugere uma escala de cinco passos a ser examinada pelo órgão judicial, de forma que se os critérios dessa escala estiverem presentes, tem-se a superação do ECI e o fim da intervenção judicial. Tais critérios dizem, basicamente, sobre acesso a direitos fundamentais, de forma que se o acesso tiver sido ampliado, tem-se que os entraves institucionais estão sendo superados e o controle judicial pode ser reduzido, indicando que a burocracia estatal está se adequando às prescrições constitucionais.

Percebe-se, portanto, que a metodologia utilizada para estabelecer a relação entre superação das omissões inconstitucionais não normativas e dos entraves institucionais, permitindo que se chegue a conclusão de que houve um desenvolvimento humano está na adoção da escala dos cinco passos proposta por César Rodríguez Garavito, a qual analisa os níveis de cooperação entre os poderes e a ampliação no acesso a direitos fundamentais. Assim, quanto maior a pontuação obtida após a aplicação da escala, maior o acesso da população a direitos, o que inexoravelmente conduz a uma ampliação do desenvolvimento humano sobre a perspectiva desenvolvida por Amartya Sen (2010), para quem só há liberdade e desenvolvimento, se o ser-humano tiver acesso aos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Na primeira parte do desenvolvimento do presente trabalho, explicou-se o conceito de omissões inconstitucionais não normativas e de entraves institucionais, evidenciando que os mecanismos de controle de constitucionalidade dispostos no ordenamento jurídico brasileiro não contemplam mecanismos para a superação desse tipo de omissões. Na segunda parte, evidenciou-se o contexto em que foi proferida a decisão cautelar na ADPF nº 347, que reconheceu a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, demonstrando as incongruências existentes na importação desse instituto se comparado com o conceito construído pela tradição colombiana. Por fim, analisou-se que se as incompatibilidades trabalhadas no tópico anterior forem superadas, mediante a utilização da

teoria dos diálogos institucionais, o ECI poderá amoldar-se perfeitamente ao constitucionalismo nacional, constituindo importante mecanismo de superação das crises institucionais, empreendendo o desenvolvimento humano por meio da ampliação no acesso aos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, haja vista que de acordo com nossa proposta, a intervenção judicial sobre a realidade declarada inconstitucional apenas poderá cessar quando for diagnosticada uma ampliação de acesso aos direitos fundamentais, o que poderá ser avaliado mediante a utilização da escala proposta por César Rodríguez Garavito, um dos principais estudiosos do ECI no Direito colombiano.

2. Das Omissões Inconstitucionais Não Normativas aos Entraves Institucionais

Para compreender o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), faz-se necessário entender o que são as omissões inconstitucionais, caracterizadas como espécie de falha sistêmica que o ECI procura combater. O que se percebe na realidade constitucional brasileira é que se adota um modelo eminentemente legiscêntrico de controle de constitucionalidade, ou seja, a inconstitucionalidade tende a ser percebida como um problema de relação internormativa e intrassistemática, não se confundindo, portanto, com um problema de injustiça ou de ilegitimidade social. A inconstitucionalidade reside, portanto, em uma relação de incompatibilidade vertical com as normas constitucionais (NEVES, 1988, p. 73-74).

Como elucida Siqueira Castro (2003, p. 729), a inconstitucionalidade intrassistêmica ou por ação é apenas um dos lados do problema. Em paralelo à inconstitucionalidade por ação, constata-se a inconstitucionalidade “omissiva” ou por “omissão”, a qual se caracteriza pela inércia estatal em dar concretude às prestações de cunho positivo, cuja implementação tenha sido determinada pelo legislador constituinte.

Na realidade constitucional brasileira, a omissão normativa inconstitucional é compreendida como a falta de “medida” que implica na ausência de efetividade da norma constitucional, conforme disposto no artigo 103, parágrafo 2º da Constituição. A medida faltante poderá ser de competência do legislativo ou dos órgãos da Administração Pública. Percebe-se, então, que a omissão inconstitucional no Brasil é compreendida como a “necessidade de decreto ou regulamentação no mesmo nível da necessidade da lei” (TAVARES, 2013, p. 391-392). Por sua vez, José Julio Fernández Rodríguez, não obstante tenha se dedicado à análise da realidade constitucional europeia, bem sintetiza o fenômeno da omissão inconstitucional, cabendo, por isso, a aplicação das suas considerações para o Brasil, dada a proximidade de compreensão desse fenômeno na Europa e no Brasil. Segundo entende,

a omissão inconstitucional é “a falta de desenvolvimento por parte do poder legislativo, durante um tempo excessivamente largo, daquelas normas constitucionais de obrigatório e concreto desenvolvimento e de forma tal que se impeça sua eficaz aplicação” (RODRIGUEZ, 2007, p. 85).

Para a doutrina brasileira tradicional só haverá omissão inconstitucional quando o legislador deixar de “fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado” (CANOTILHO, 2001, p. 331). Ocorre que essa forma de percepção das omissões inconstitucionais é parcial, uma vez que há outras espécies de omissões que culminam na violação do texto constitucional, mas que não se limitam ao dever do legislativo em regulamentar certo direito para que esse possa ser exercido. A omissão inconstitucional sobre a qual o Estado de Coisas Inconstitucionais se debruça, são aquelas originadas da falta de coordenação entre lei e ação administrativa, culminando na ineficácia de políticas públicas.

Ao se compreender as omissões inconstitucionais enquanto falhas estruturais, resultantes da falta de coordenação entre legislativo e executivo, amplia-se o conceito de omissões inconstitucionais sobre o qual os poderes públicos ainda não estão aptos a lidar.

Logo, o fenômeno da omissão inconstitucional deve ser compreendido de forma mais ampla, e não como algo definido por exclusão: ou é omissão do legislador, ou é da Administração Pública. O objetivo do Estado de Coisas Inconstitucionais é debruçar-se sobre as omissões inconstitucionais enquanto falhas de coordenação entre o legislativo e o executivo, circunstância que implica deficiências na consecução de políticas públicas e na efetivação dos direitos fundamentais sociais, inviabilizando o completo e integral desenvolvimento humano.

Ao se adotar para o fenômeno das omissões inconstitucionais o conceito de falha na coordenação entre a atuação dos poderes políticos, percebe-se que nenhum dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, previstos em nosso ordenamento jurídico, é capaz de enfrentar esse problema. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção servem apenas ao combate das omissões normativas, sejam do legislativo, sejam do executivo.

Assim, em consonância com o entendimento de Carlos Alexandre e de Juliano Ralo Monteiro (2010, p. 171), entende-se também que é necessária uma atuação subsidiária (e não protagonizada) do Poder Judiciário, quando os Poderes Legislativo e Executivo não estão cumprindo eficazmente suas atribuições, uma vez que a adoção de práticas eminentemente conservadoras por estes últimos desempenhadas apenas têm ampliado a situação de descaso e

de perecimento de direitos. E tendo em vista a inexistência de mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade para a superação dos bloqueios estruturais, oriundos de condutas omissivas dos poderes políticos, o Estado de Coisas Inconstitucional pode surgir no constitucionalismo nacional como uma possível alternativa para superação desse quadro, contribuindo para a efetivação do diálogo entre os poderes políticos constituídos e garantindo, sobretudo, a efetivação do texto constitucional.

Ademais, impende registrar que a técnica de declaração do ECI para superação de omissões não normativas deve-se restringir a casos em que reste configurada a presença de bloqueios, entraves ou falhas estruturais, haja vista a excepcionalidade dessa medida. Utilizando-se, portanto, dos conceitos desenvolvidos por William P. Marshall (2002, p. 104), tem-se que o ECI constitui é uma espécie de “remedialativism”, segundo o qual o judiciário impõe obrigações aos demais poderes constituídos ou estabelece modificações na organização burocrática de instituições, a fim de implementar melhorias nas atividades desempenhadas, buscando aproximar sua atuação das prescrições constitucionais. Assim, as medidas estruturantes procuram funcionar como verdadeiros remédios no combate às omissões inconstitucionais não normativas.

Observa-se, portanto, que o conceito de “remedialativism” compatibiliza-se perfeitamente com a consideração de ação ou medida estrutural desenvolvido por Owen Fiss (2004), para quem há dois tipos de adjudicação do resultado do processo civil, inteiramente distintos entre si, quais sejam: a “dispute resolution” e a litigância estrutural. Enquanto na “dispute resolution” as partes envolvidas são bem definidas, o objetivo do processo centra-se no retorno ao *status quo* e o judiciário intervém apenas na esfera privada dos indivíduos. Nas lides estruturais, que visam superar entraves institucionais, não é possível identificar com precisão as partes envolvidas no processo. Objetiva-se exatamente a completa modificação do *status quo*, e o judiciário prescreve obrigações e intervém diretamente na esfera dos poderes políticos.

Ainda segundo Fiss (2003, p. 03), as medidas estruturais buscam reformas estruturais, de modo que a intervenção judicial poderá recair sobre medidas legislativas, regulatórias, administrativas ou até mesmo orçamentárias. O processo estrutural dá-se quando se depara com questões que apenas poderão ser solucionadas mediante a reestruturação da burocracia estatal, eliminando-se todas as ameaças às efetivações do texto constitucional. Esse tipo atuação judicial ocorre quando não for possível solucionar os problemas mediante a concessão de ordens preventivas ou reparatórias, fazendo-se necessário a implantação de reformas estruturais. Assim, segundo o autor, a adequabilidade da sentença estrutural

pressupõe que é o próprio arranjo burocrático que se encontra com problemas, de modo que a reorganização a ser implantada pelo judiciário visa levar essa estrutura fragilizada para dentro dos limites constitucionais (FISS, 1978, p.11).

Assim, como o ECI constitui espécie de medida estrutural, que visa a superação das omissões não normativas e dos bloqueios institucionais, tem-se que esse instituto determina a intervenção sobre os mais diferentes órgãos e políticas, não bastando que a ordem judicial seja direcionada apenas a uma única instituição, o que revela a complexidade dessa ideia constitucional, seja na fixação de medidas para a resolução dos problemas diagnosticados, seja na fiscalização de cumprimento das medidas fixadas. Como se não bastassem as dificuldades inerentes ao próprio ECI, tem-se que essas podem ser agravadas a depender da posição adotada pelo Poder Judiciário após a sua declaração, análise que será realizada nos tópicos subsequentes.

3. Características do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi aplicado pela primeira vez pela Corte Constitucional Colombiana. Essa Corte tem, por reiteradas vezes, se utilizado de decisões declaratórias de Estados de Coisas Inconstitucionais visando proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, quando se detecta deficiência nos arranjos institucionais (ARIZA, 2013, p. 129)⁵.

O Estado de Coisas Inconstitucionais, segundo Román Corredor (2006, p. 343/344) caracteriza-se quando há: a) repetido e generalizado descaso com as liberdades e com os direitos fundamentais pelas autoridades públicas; b) omissão dos organismos competentes na defesa dos direitos constitucionais; c) manutenção de legislações transitórias ou provisórias em matéria de tutela de direitos fundamentais, não enfrentando o cerne do problema da inefetividade desses direitos; d) ativismo judiciário; e) mau funcionamento e baixo desempenho dos organismos públicos e da própria advocacia para a proteção dos direitos fundamentais; f) Impunidade por crimes de corrupção e direitos humanos; e g) a substituição dos mecanismos de reforma constitucional pela justiça constitucional. Em síntese, o Estado de Coisas Inconstitucional defende a possibilidade de intervenção estrutural do Tribunal

⁵Tratamiento de un estado de cosas contrario a la constitución afiliación de los docentes al fondo de prestaciones del magisterio. Concedida. (SU 559 de 06 de noviembre de 1997).

Constitucional nos casos em que se detecta uma violação sistemática e reiterada dos direitos pelas mais diversas instituições.

O ECI tem sua origem, portanto, em lides estruturais, ou seja, quando não há litigantes bem definidos ou quando “as pessoas diretamente relacionadas ao tema judicializado são amorfas e difusas, bem como o tipo de intervenção que se requer do judiciário é mais complexo” (NEFF, 2009, p. 58-59). Assim, o ECI passou a constituir espécie de fundamentação para decisões que visam reestruturar uma política pública ineficiente, sendo, por isso, medida “custosa, que requer tempo, demanda uma quantidade de aptidões jurídicas e políticas por parte dos juízes, e só parece funcionar bem em certos contextos políticos” (LANDAU, 2015, p. 407).

Luís Ricardo Gómez Pinto, em sua obra *El juez de las políticas públicas: Del estado de cosas inconstitucional em la política econômica*, afirma que o ECI assume o papel de realizar uma crítica antiformalista ao direito, como um instituto de crítica sobre a realidade econômica e social em que se encontra o país, atacando as tradicionais estruturas do direito e da economia. Por isso, segundo o autor, caberia ao Judiciário, por meio do ECI, aproximar as diretrizes da política econômica com a realidade social, passando esse poder a atuar como agente econômico (GOMÉZ-PINTO, 2012, p. 29). O Estado de Coisas Inconstitucionais foi concebido, assim, na tentativa de evidenciar as falhas da política econômica adotada pelos governos, buscando torná-las menos rígidas, passando a Corte Constitucional a prever as transformações econômicas em largo prazo, assumindo nítido papel de agente econômico e efetivando juízos críticos sobre a eficiência econômica da norma (GOMÉZ - PINTO, 2012, p. 30).

No Brasil, em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário nacional, por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, com relatoria do Ministro Marco Aurélio. A exordial da ação pleiteava que fosse reconhecido o ECI relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais com o fito de debelar as sucessivas violações aos direitos fundamentais dos detentos (CAMPOS, 2016, p. 285).

Mais especificamente, o partido político proponente da ADPF nº 347/DF pleiteava a declaração do ECI diante da vigência de um quadro de violação massiva de diversos preceitos fundamentais dos detentos, em especial a dignidade da pessoa humana. Na ação, foi demonstrado um quadro de inconstitucionalidades que possui origem na multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos poderes públicos, almejando-se a resolução do problema

ocorresse por meio da adoção de medidas voltadas para uma melhor e mais eficiente prestação do serviço público, bem como com a revisão da política de encarceramento.

Assim, em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal, na apreciação da medida cautelar no bojo da citada ADPF, reconheceu a presença do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, pelo que determinou uma série de providências, entre as quais: 1) que juízes e tribunais observassem os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos⁶ e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁷; 2) que as audiências de custódia fossem realizadas em até 90 (noventa) dias em todo o território nacional, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento do recolhimento; 3) que a União Federal liberasse toda a verba contingenciada do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), abstendo-se de realizar novas contenções.

Na análise dos votos dos Ministros do Supremo, percebe-se que não houve uma profunda discussão acerca de quais elementos deveriam ser levados em conta para a caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional. Os Ministros limitaram-se a afirmar que, em consonância com a Corte Constitucional colombiana, órgão criador do Estado de Coisas Inconstitucional, o ECI é caracterizado quando “há situação de violação generalizada de direitos fundamentais” (BRASIL, 2015, p. 11), concordando que, “ante a violação massiva de direitos fundamentais, o Tribunal deveria intervir, inclusive, sobre a escolha orçamentária de contingenciamento de recursos” (CAMPOS, 2016, p. 290).

Em todo o caso, a ADPF nº 347/DF marcou a utilização pioneira do Estado de Coisas Inconstitucional na jurisdição constitucional brasileira em caso de litígios estruturais e diante de omissões não normativas. Ou seja, o ECI inaugurou uma nova forma de controle de constitucionalidade, a qual não recai sobre a ausência de regulamentação, mas sobre uma política pública, de forma que o judiciário passará a “formular ou contribuir à formulação de políticas públicas e de assegurar sua implementação e o controle de sua execução”

⁶Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (BRASIL. Decreto nº 595, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Decreto. Nova York).

⁷Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Decreto. Brasília, DF).

(MORELLI, 2010, p. 372/373), na tentativa de promover a proteção à dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, interviu diretamente na política pública penitenciária, determinando o imediato descontingenciamento das verbas do FUNPEN e a realização das audiências de custódia, buscando garantir a melhoria na qualidade do serviço público penitenciário e a efetivação dos direitos fundamentais dos presos, sem, entretanto, realizar uma análise mais minuciosa acerca da adequabilidade das medidas propostas para a resolução do problema diagnosticado. Com isso, constata-se que o ECI poderá funcionar como um importante mecanismo para a superação das omissões inconstitucionais não normativas, desde que se perfaça uma definição objetiva dos critérios constitutivos, estabelecendo-se as atribuições de cada um dos Poderes após a sua declaração, para que não se incorra em um agigantamento do Poder Judiciário, em detrimento da separação dos poderes e o conseqüente agravamento das crises institucionais.

4. Contribuições do ECI para a superação dos entraves institucionais e para o desenvolvimento humano

Em uma análise perfunctória, percebe-se que o Estado de Coisas Inconstitucional poderá funcionar como um importante mecanismo de efetivação de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, notadamente considerando que o sistema jurídico brasileiro prescinde de qualquer ação de controle concentrado de constitucionalidade que verse sobre as omissões não normativas e que se proponha a superar os bloqueios institucionais.

Constata-se, entretanto, que para que o ECI funcione como instrumento capaz de modificar a realidade de inefetividade ou ineficácia de políticas públicas, com a superação das omissões não normativas, o judiciário deverá monitorar as ordens proferidas de modo a garantir a sua execução, sob pena de incorrer na mesma ineficácia dos demais poderes. Deve também, estruturar as decisões garantindo a oitiva dos poderes políticos, assegurando que esses possam traçar planos e estabelecer metas, cabendo ao judiciário apenas acompanhar os planos fixados pelos poderes competentes e fiscalizar seu cumprimento.

Nesse contexto, cabe a ressalva de que o Poder Judiciário não pode olvidar o seu dever de autorrestrição em face da separação dos poderes. A efetivação e a concretização das políticas públicas são tarefas constitucionalmente dirigidas aos poderes políticos por excelência (legislativo e executivo), eis que os seus representantes são investidos de mandato

conferido pelo povo para a realização dos objetivos constitucionais, em especial das decisões políticas fundamentais traduzidas pelo projeto constituinte de 1988, de implementação de um Estado de Bem Estar Social, que tem por escopo a ampliação da esfera dos direitos fundamentais clássicos à democratização econômica, cultural e social. Mesmo que o Estado de Bem Estar no Brasil sofra seus entraves diante do estado de exceção econômico ao qual toda a América latina está submetida, não se pode abandonar a perspectiva de que ele é constituinte do projeto de 1988, cuja defesa e até mesmo sua radicalização deve ser sempre buscada (MARIANO; LIMA; ALBUQUERQUE, 2017).

Por ocasião da ADPF n.º 347, verifica-se, porém, que o Brasil não importou a melhor versão do Estado de Coisas Constitucional. O Supremo Tribunal Federal não abriu espaço para a oitiva dos poderes políticos, fixando de maneira solipsista e decisionista as medidas a serem tomadas, uma vez que não realizou qualquer consulta aos órgãos políticos competentes para execução da política penitenciária, além de não ter se preocupado em adotar mecanismos de fiscalização da sua própria decisão. Essa atuação ensejou uma baixíssima eficácia na declaração do ECI no Brasil, uma vez que passados mais de dois anos de sua declaração, com exceção da implantação das audiências de custódia, nenhuma das outras medidas estabelecidas foi efetivamente implementada, seja por falta de fiscalização, seja por conflito com as demais normas que regulamentam a política pública carcerária.

Por seu turno, a determinação de liberação imediata das verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN- até o presente momento não se concretizou, haja vista que o referido processo de liberação prevê um plano de desembolso que inclui primeiramente a oitiva das unidades da Federação e de entidades da sociedade civil que atuam no tema das políticas penais. Em seguida, o Ministério da Justiça solicitará ao Conselho Nacional de Justiça a avaliação técnica do plano de desembolso antes da publicação de editais e de chamadas públicas. Assim, a liberação de recursos apenas ocorrerá se os Estados enviarem propostas para modernização e ampliação dos presídios. Percebe-se, portanto, que o Supremo emitiu determinações contrárias à legislação infraconstitucional existente, contrariando, inclusive, as previsões da Lei n.º 4.320/64, contribuindo para a fixação de uma política pública carcerária antidialógica, ou seja, sem a participação dos poderes constitucionalmente competentes para executá-las. Desse modo, ao contrário da previsão pioneira colombiana, de compartilhamento de responsabilidades entre os poderes, a ADPF 347 resultou em um programa imposto de forma unilateral pelo judiciário, produzindo uma decisão ineficaz em seu escopo maior.

Inobstante as falhas encontradas na importação do Estado de Coisas Inconstitucional para o Brasil, acredita-se que a importância desse instituto está em possibilitar que o judiciário corrobore com os poderes políticos para a atuação na efetivação de políticas públicas que estão sendo negligenciadas. A contribuição do judiciário, entretanto, como ressaltado acima, não poderá usurpar as funções típicas do executivo e do legislativo, sob pena de o compartilhamento dialógico de responsabilidades vir a intensificar ainda mais as crises institucionais tão comumente presentes em nossa sociedade, que muitas vezes resultam ou avolumam, por sua vez, as grandes crises econômicas ou políticas.

Entende-se, portanto, que diante de uma situação de inércia dos poderes geneticamente competentes, o que acarreta entraves institucionais, torna-se interessante a atuação do judiciário na tarefa de concretização das políticas públicas. Imperioso, no entanto, é definir os limites dessa atuação, caracterizando como a intervenção desse poder deve ocorrer, sem usurpar papéis que são próprios da política, como definição de prazos, prioridades e orçamento, sob o risco de incorrer em decisões antidemocráticas ou ineficazes, por serem inexecutáveis no âmbito político.

Por isso, propõe-se que para uma adequada utilização do ECI no constitucionalismo nacional, tal ocorra por meio da realização do diálogo institucional, o qual deverá ser mediado pela cooperação constitucional. Logo, estabelecer técnicas de diálogo entre poderes e com a própria sociedade é uma forma de garantir minoração da revisão judicial hermética, distanciada da realidade social e da disponibilidade orçamentária, problemas identificados na estrutura de ECI incorporado pelo Brasil. O fortalecimento aos diálogos institucionais consiste em uma importante ferramenta, que reforça a ideia que cada poder foi pensado e instituído para exercer funções específicas (VALLE, 2014, P. 83) e que conseqüentemente não se pode esperar que o judiciário atuasse adequadamente em uma esfera que pertence, tipicamente, ao executivo e ao legislativo, uma vez que não está dotado de competência e nem de estrutura para tanto.

Importa esclarecer que o diálogo institucional aqui defendido deve ocorrer mediante uma determinação conjunta de qual tese ou opinião está mais consentânea com a necessidade social, consistindo na alternativa mais justificável e melhor sobre o ponto de vista da igualdade e da eficiência. Assim, os diálogos institucionais visam solucionar problemas coletivos, evitando que todo o poder da última palavra centre-se no judiciário (VALLE, 2014, p. 85).

Nesse momento, cumpre trazer também algumas das reflexões de Conrado Hubner para o tema (2008, p. 190). O autor adverte que a defesa na utilização dos diálogos

institucionais rompe com a lógica tradicional de que os poderes apenas controlam uns aos outros, estabelecendo que eles podem, aliás, devem deliberar conjuntamente na busca de decisões que sejam mais efetivas ao conferir voz institucional às mais diferentes perspectivas. O expoente dessa ideia de deliberação conjunta foi Jeffrey Tulis (2003, p. 123), o qual explica que “nenhuma instituição democrática específica é suficiente para assegurar a consideração de todas as preocupações relevantes na sustentação da democracia”, por isso a relevância da implementação de diálogos institucionais quando se pretende estabelecer decisões que irão atingir coletividades e que versem sobre as mais diversas funções dos poderes constituídos.

Por isso, sugere-se que além dos diálogos institucionais, que deverão ser utilizados na fase inicial após a declaração do ECI, viabilizando que todas as instituições competentes para a resolução do problema diagnosticado trabalhem de forma conjunta e coesa, fixando medidas que de fato possibilitem a resolução dos bloqueios institucionais detectados, o órgão judicial deve monitorar a execução do plano traçado. Assim, após o estabelecimento dialógico do plano de ação, o Poder Judiciário deve fiscalizar a efetivação dessas medidas, avaliando se as omissões e os entraves estão sendo de fato superados. Para a realização dessa análise pelo órgão judicial, propõe-se a utilização da escala de verificação proposta por César Rodriguez Garavito, um dos principais expoentes da doutrina constitucional colombiana.

A escala proposta por esse autor consiste na aferição de cinco pontos, quais sejam: 1. Fixação de indicadores de superação, que envolvam critérios de processo e de resultado; 2. Fixação de lista de indicadores dentro de cada dimensão (dessa forma haveria critérios específicos para aferir a eficácia do processo de implementação das medidas pactuadas e critérios específicos para avaliar o resultado das medidas); 3. Determinação de valores a cada uma das dimensões, devendo ser atribuído maior valor às dimensões de resultado que as dimensões de processo; 4. Fixado o valor de cada dimensão, os critérios dessas devem receber a mesma pontuação (por exemplo, a dimensão resultado receberá 80 pontos e a dimensão processo 20 pontos. Dentro dos critérios específicos que compõem a dimensão resultado, cada critério deverá receber a mesma pontuação, de forma que a sua soma de pontos de cada critério totalize os 80 pontos atribuídos à dimensão resultado); e 5. Avaliação de superação ou não do ECI, a qual ocorrerá apenas quando a soma dos indicadores de cada uma das dimensões resultar em uma qualificação relativamente alta, o que segundo o autor deve ser 60 (sessenta) pontos dos 100 (cem) possíveis. (RODRIGUEZ GARAVITO, 2009, pp. 448/449).

Assim, para que o judiciário possa aferir a superação do ECI mediante a aplicação da escala sugerida, deve-se empreender a realização de políticas públicas, com ampla participação de órgãos públicos e da própria sociedade civil, de *experts*, de análise de

relatórios analíticos que esclareçam a condição das dimensões de processo e de resultado. Observa-se, portanto, que o diálogo para a fixação das medidas ocorrerá mais com as instituições competentes para reforma da política pública problemática, ao passo que quando da avaliação da superação do ECI, será conferida maior participação da sociedade civil, para que se possa compreender o real cenário social e assim avaliar se as medidas implementadas foram eficazes.

Acredita-se que se o Brasil tivesse adotado essa técnica, certamente a situação carcerária teria sofrido melhorias, uma vez que medidas mais consentâneas com as regras infraconstitucionais teriam sido propostas. Na Colômbia, quando se passou a utilizar o modelo do diálogo institucional para a fixação dos planos de ação, os resultados foram surpreendentes, como ocorreu no caso da Sentença T-25 de 2004, que tratou da situação dos deslocados internos, vítimas de perseguição de grupos armados, muito comuns na Colômbia. Nesse caso, a Corte Constitucional colombiana propôs modificações em todas as fases do ciclo da política pública, sem fixar medidas, mas impondo que os poderes competentes exercessem as medidas que lhe eram cabíveis, impondo apenas que um novo marco regulatório para as políticas voltadas aos deslocados internos fosse elaborado, bem como que houvesse uma priorização no orçamento ao financiamento dessas políticas.

Credita-se que o diferencial dessa decisão, além da adoção de medidas resultantes do diálogo institucional, tenha sido a fiscalização na implantação das medidas pactuadas, monitorando de forma contínua a execução das ordens traçadas. No período de 10 (dez) anos foram realizadas mais de 20 (vinte) audiências públicas, com a presença das autoridades envolvidas e dos setores interessados da sociedade civil. Outro mecanismo de fiscalização do cumprimento da decisão foram os chamados autos, os quais consistiam em espécie de comunicação entre o judiciário e os demais poderes para esclarecer as medidas que vinham sendo tomadas, solicitar informações ou ações concretas do legislativo e do executivo, fixar datas de audiências públicas, dentre outras comunicações (RODRIGUEZ GARAVITO, 2015, p. 67).

Assim, o sistema dos direitos fundamentais emerge como uma importante garantia de que mesmo aqueles derrotados nos imperfeitos processos decisórios ou eletivos, regidos pelo processo majoritário, tenham seus direitos assegurados (CANOTILHO, 2003, p. 248). Observa-se que na tradição constitucional colombiana, o ECI tem se voltado essencialmente a garantir o acesso à dimensão objetiva dos direitos fundamentais das populações subrepresentadas politicamente (os casos mais emblemáticos de declaração do ECI na Colômbia destinaram-se a reverter a situação de políticas públicas destinadas a

aposentados, presidiários e deslocados internos, populações sem grande influência na política do país), afinal as omissões não normativas, trabalhadas no início do trabalho, revelam, essencialmente, uma falta de interesse político. É justamente nesse aspecto que o Estado de Coisas Inconstitucional poderá prestar significativas contribuições, uma vez que diante da violação massiva e estrutural na efetivação da dimensão objetiva de certo direito fundamental, em que se verifica um desinteresse político em solucionar a questão, normalmente pelo fato de esse cenário envolver grupos minoritários, com insuficiente representação política, o judiciário declara o ECI, evidenciando que a práxis política está sendo praticada de forma dispare com as previsões constitucionais, determinando sua imediata correção. Nesse sentido, quando da fiscalização da implantação das medidas, adotando a escala acima mencionada, poderá avaliar-se a concretização dos direitos fundamentais e conseqüentemente o aumento do acesso da população a melhores condições de vida, como ocorreu no caso dos deslocados internos.

Em síntese, acredita-se que o Estado de Coisas Inconstitucional poderá funcionar como um importante mecanismo de superação das crises institucionais e de contribuição para a efetivação dos direitos sociais na busca pelo desenvolvimento humano⁸, na medida em que buscará garantir que as minorias sociais, em especial, tenham seus direitos fundamentais materializados. Afinal, o que se tem percebido, na realidade, enquanto manifestação de uma das principais falhas do sistema democrático, é que os representantes de grupos minoritários,

⁸Cumprer destacar que a noção de desenvolvimento humano adotada no trabalho diz respeito à possibilidade que a população tem de ter acesso a direitos fundamentais sociais, ou seja, de ser socialmente incluída, ainda que subrepresentada do ponto de vista político. Tal conceituação é apoiada nas ideias de Amartya Sen (2010, p. 46/48), para quem um país não precisa necessariamente crescer economicamente antes de preocupar-se com a qualidade de vida de seus cidadãos. Ou seja, uma estratégia de desenvolvimento humano e social não tem de ser mediada necessariamente por um forte crescimento econômico. Acredita-se que as estratégias “apoiadas socialmente”, de que o referido autor fala no livro *Hunger and public action* (1989) sejam as mais adequadas, tanto do ponto de vista econômico, quanto social, pois nelas a economia é vista como um reflexo, uma consequência da ampliação das capacidades e liberdades das pessoas. Defende-se, por isso, que o ECI pode ser um instrumento capaz de garantir a ampliação do desenvolvimento humano na medida em que possibilitará o acesso da população aos mais diversos direitos sociais por meio da prestação de serviços públicos mais eficientes, acarretando, conseqüentemente, um aumento da qualidade de vida desses indivíduos. Como afirma Maurício Mota Saboya Pinheiro (2012, p. 38): “estudos internacionais fornecem evidências empíricas de que a relação positiva entre o crescimento econômico e o aumento da expectativa de vida é magnificada quando o crescimento é apoiado por um conjunto de políticas públicas voltadas para o aumento das oportunidades sociais, tais como as políticas de educação básica, saúde, seguridade social, reforma agrária etc. Vale dizer, os países que cresceram com base em um sólido conjunto de políticas sociais (como é o caso geral dos países do Leste e do Sudeste Asiático nos últimos trinta anos), experimentaram um aumento da expectativa de vida de suas populações maior do que o de países que cresceram sem uma devida preparação social (Índia e Paquistão, por exemplo). Portanto, a experiência internacional nos apresenta indícios de que a expectativa e a qualidade de vida das populações são afetadas mais diretamente por certas políticas sociais (educação e saúde, dentre outras) do que pelo crescimento econômico puro e simples”. Pretende-se, assim que com a adoção do ECI, o Brasil ressignifique a importância dada à efetivação de certas políticas e assim amplie os níveis de desenvolvimento humano do país.

pelos mais variados motivos, desviam-se da defesa dos interesses de seus representados e passam a tomar decisões em atenção a interesses pessoais, de terceiro ou exclusivamente político-partidários (COSTA, 2010, p. 189). Como já alertou Rousseau (1995), esse é um dos paradoxos da democracia representativa: a vontade dos representantes não é hábil a coincidir com a vontade geral, dos representados, de modo que estes devem expressá-la diretamente.

Logo, a democracia deve ser definida não como o governo da maioria, mas como um regime que se volte ao bem de todos, cabendo à minoria um papel de oposição, o qual só poderá ser exercido se essas classes tiverem acesso às garantias jurídico-políticas (MIRANDA, 2004, p. 349-350). Assim, como afirma Aldaiza Sposati (1998, p. 5), o Estado brasileiro apresenta uma visão arcaica e absolutamente dissonante do mandamento constitucional de prestação de serviços públicos, compreendendo-os, quando destinados a população mais vulnerável, como espécie de concessões partilhadas com a filantropia e não são assumidas como verdadeira responsabilidade pública. Assim, acredita-se que o ECI poderá contribuir para ampliação da inclusão social e do desenvolvimento humano, revertendo a lógica equivocada de que serviços públicos destinados a grupos politicamente subrepresentados são mera concessão estatal, quando em verdade constituem deveres legais e institucionais.

Nesse sentido, o ECI, desde que superados os entraves citados nesse trabalho, de atuação decisionista e solipsista do judiciário, pode funcionar como um importante mecanismo para compelir os demais poderes a não se descurarem da situação em que se encontram os grupos minoritários, diuturnamente privados do mínimo existencial estabelecido constitucionalmente em razão das omissões inconstitucionais não normativas, como foi e ainda é o caso dos detentos do sistema penitenciário nacional. De igual medida, o ECI também pode minimizar as crises institucionais, pois, na medida em que os grupos minoritários passam a ser efetivamente assistidos pelo Estado, inúmeros problemas sociais, como a pobreza resultante da falta de acesso a serviços públicos básicos, são atenuados.

Conforme Amartya Sen (2010, p. 120), “a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza”. Assim, entende-se que a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional poderá contribuir para redução da pobreza, uma vez que após a declaração do ECI, os poderes políticos serão compelidos pelo judiciário a traçarem planos de ação, reestruturando a política pública deficitária, acarretando a ampliação do acesso das populações marginalizadas às capacidades básicas, o que permitirá sua integração social, ampliando sua liberdade e dignidade.

O Estado de Coisas Inconstitucional, se bem construído em verdadeiras e concretas bases dialogais, poderá contribuir, inclusive, para a democratização econômica e social, na medida em que corroborará para a satisfação de uma série de direitos e liberdades que até então vinham sendo negados por falta de interesse ou de ação política, possibilitando que “um povo com as suas necessidades mais fundamentais satisfeitas possa efetivamente exercer seus exercícios políticos, posto que a necessidade costuma constituir o pior óbice a uma real democracia” (SGRABOSSA; IENSUE, 2013, p. 11).

A dificuldade na utilização do ECI está, portanto, repita-se, em estabelecer limites à atuação do judiciário, garantindo que esse não usurpe as funções políticas e seja capaz de estabelecer meios eficazes de fiscalização das próprias decisões, sob pena de incorrer na mesma leniência, inefetividade ou ineficácia dos demais poderes. Tais dificuldades, entretanto, não retiram a importância do ECI enquanto fundamentação de decisões judiciais para reduzir as crises institucionais e garantir o desenvolvimento humano mediante acesso aos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, sobretudo se esse for implementado mediante diálogos institucionais e fiscalização da eficácia das medidas idealizadas.

5. Conclusão

Conclui-se que o Estado de Coisas Inconstitucional, de criação jurisprudencial e pioneira colombiana, poderá funcionar, no Brasil, como um importante mecanismo de atenuação das crises institucionais, na medida em que colaborará com a efetivação dos direitos fundamentais das classes minoritárias, contribuindo para a redução das desigualdades sociais e ampliação de acesso às capacidades básicas, uma vez que as omissões inconstitucionais e os entraves institucionais são fruto da falta de interesse político e inexoravelmente atingem camadas politicamente subrepresentadas. Defende-se que a superação do ECI apenas ocorrerá quando for efetivamente verificado na realidade social, mediante a aplicação da escala de cinco etapas proposta por César Garavito, que as falhas estruturais foram superadas e que a dimensão de resultado atingiu uma elevada pontuação. A dificuldade para que esse instituto possa atingir seu ponto ótimo, está em assegurar que o judiciário não usurpe as funções típicas dos poderes políticos constituídos, pois, se assim proceder, estará vulnerando a separação dos poderes, recrudescendo as crises que ele busca, com o ECI, mitigar. Da mesma forma, sem a atuação dialógica, o judiciário brasileiro incorrerá em decisões de baixa ou nula efetividade, como ocorreu com a ADPF nº 347, a qual

pouco contribuiu para a melhoria das condições de dignidade do encarceramento no país, haja vista a postura solipsista e decisionista desse Poder na fixação das ordens a serem executadas.

Por isso, sugere-se que após a declaração do ECI haja a implantação do diálogo institucional, visando à fixação de medidas coletivamente construídas e que tendem a apresentar maior eficácia, dado que foram traçadas pelos próprios órgãos competentes para tal. Ademais, o diálogo institucional possibilita o desenvolvimento das habilidades de deliberação entre os poderes, superando a ideia de que a única interação capaz de ocorrer entre eles seja a de fiscalização.

Outro ponto que merece reflexão sobre o Estado de Coisas Inconstitucionais é a previsibilidade de instrumentos efetivos de monitoramento das ordens estabelecidas, como se deu na Colômbia, em que o ECI só produziu os resultados esperados quando o judiciário passou a realizar audiências públicas periódicas e a abrir espaço de diálogo com os poderes políticos. Cabe, ainda, a discussão da possibilidade de se fixar sanções pelo descumprimento das metas fixadas na decisão judicial que venha a utilizar o ECI enquanto fundamento, dado o caráter impositivo dessas. Nesse sentido, reconhecem-se as limitações do presente trabalho, uma vez que não se discutiu como o diálogo institucional poderá ser implementado na prática, o que será objeto de investigações futuras, entretanto, acredita-se que para a fiscalização dos resultados do ECI, o melhor método seja a adoção da escala proposta por César Garavito, haja vista que com a contínua fiscalização, as falhas identificadas tendem a ser superadas e a população passa ter acesso maior aos direitos fundamentais, ampliando a qualidade de vida dos indivíduos e conseqüentemente os índices de desenvolvimento humano.

Por enquanto e para as primeiras finalidades deste trabalho, crê-se que o Estado de Coisas Inconstitucional poderá vir a ser compatível com a ordem constitucional brasileira, pois, *emprima facie*, possui aptidão para corroborar na efetivação dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, em atuação dialógica com os demais poderes. Sua importância exsurge também diante da constatação que o ordenamento jurídico brasileiro apenas garantiu o controle constitucional sobre as omissões normativas, não tendo estabelecido qualquer mecanismo para a superação das omissões não normativas, que bem caracterizam a ineficácia das políticas públicas e o desinteresse político de empreender serviços para determinadas camadas populacionais.

Para que o referido instituto venha a gozar da aptidão que ora se aponta neste trabalho, faz-se necessário, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal reveja a conduta adotada na ADPF nº 347, estabelecendo o diálogo com os poderes competentes para a execução da política pública de encarceramento, a fim de que a declaração do ECI, em outras

áreas ou mesmo naquela não seja apenas mais uma dentre tantas decisões simbólicas, a exemplo do que ocorreu com o acórdão proferido na ADPF 45. É necessário igualmente que o STF empreenda uma fiscalização das medidas traçadas, permitindo que a declaração do ECI só cesse quando os bloqueios e falhas inicialmente identificados tiverem sido superados. Acredita-se, assim, que a adoção do ECI, com as características propostas nesse trabalho, possibilitará a ampliação dos níveis de desenvolvimento humano, aqui compreendido como alargamento do acesso da população mais vulnerável a serviços públicos de qualidade, reposicionando o dever estatal de prestar serviços públicos, em uma compreensão de que a efetivação de direitos fundamentais não é faculdade, mas dever estatal, e não atuar no sentido de sua concretização é produzir inconstitucionalidades por omissão da espécie não normativa.

Referências

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

BRASIL. **Decreto nº 595, de 06 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Decreto. Nova York.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Decreto. Brasília, DF.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.** Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. 2016.

CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Salvador: Juspodium, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.** 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional & Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Trad. Alexander R. de Castro et al. Curitiba: Juruá, 2010.

FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Júlio. **La Justicia Constitucional Europea ante El Siglo XXI**. 2ª Ed. Madrid: Tecnos. 2007.

FISS, Owen M. **Umnovoprocesso civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, Coordenação da Tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FISS, Owen. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen. **The law is it could be**. New York: New York University Press, 2003.

GÓMEZ –PINTO, Luis Ricardo. **El juez de las políticas públicas**: Del estado de cosas inconstitucional en la política econômica. 1ª Edição. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias jurídicas: Grupo Editorial Ibañez. 2012.

LANDAU, David. **Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law**. Harvard International Law Journal. Vol 51 (1), 2001.

MARIANO, Cynara Monteiro; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Newton Menezes. Serviços públicos e radicalização do Estado Social: o lugar para uma perspectiva socialista nos dias atuais? . In MARIANO, Cynara Monteiro *etall (Org.)*. **Estado, Política e Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARSHALL, Willian P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. University of Colorado. **Law Review**, Vol. 73, 2002.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III: estrutura constitucional do Estado. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: Um caminho para a concretização de direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MORELLI, Sandra. **The Colombian Constitutional Court: From Institutional Leadership, to Conceptual Audacity**. In: BREWER –CARIAS, Allan R. *Constitutional Courts as Positive Legislators. A comparative study*. New York: Cambridge University Press. 2011.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. As liberdades humanas como bases do desenvolvimento: Uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen. **Ipea**, Rio de Janeiro, p.1-51, 2012.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social. Como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia. 2010.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunais sobre los derechos sociales em el Sur Global**. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores. 2015.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desllocamento? Más allá del desplazamiento, o como superar um estado de cosas inconstitucional. In: **Mas allá del desplazamiento. Políticas, Derechos y Superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-492.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SGRABOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Gesiela. **O papel dos direitos fundamentais nas democracias representativas majoritárias**. Revista de Estudos Jurídicos Unesp, São Paulo, v. 17, n. 26, 2013. Semestral.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SPOSATI, Aldaíza. **Exclusão social abaixo da linha do Equador**. Exposição originalmente apresentada no Seminário Exclusão Social, realizado na PUC/SP, em 23/04/98, com os professores SergéPaugam, do InstitutNational de laStatistique et desÉtudesÉconomiques – França e Lúcio Kowarick, da USP. Disponível em: <<http://www.seuvizinhoestrangeiro.ufba.br/twiki/pub/GEC/RefID/exclusao.pdf>> Acesso em: 31 mai. 2018.

TAVARES, André Ramos. O cabimento do Mandado de Injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies. In: Mendes, Gilmar Ferreira et al (Org). **Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva. 2013.

TULIS, Jeffrey. *Deliberationsbetweeninstitutions*, em Peter Laslett e James Fishkin (eds). **DebatingDeliberativeDemocracy**, Blackwell, 2003.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogicalconstitutionalismmanifestations in theBrazilian judicial review. **Revista de InvestigaçõesConstitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40515>, p. 83.

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