



Diego de Paiva Vasconcelos

Doutorando em Direito pela Faculdade Nacional de Direito - FND da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Bolsista Capes no Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior realizando estágio de pesquisa doutoral na Università Del Salento (Itália). Cultor (Assistente) da Cátedra de Filosofia do Direito na Universidade do Salento (2017/2018), sob direção do Professor Raffaelli De Giorgi. Membro do Centro di Studi sul Rischio - CSR (Itália). Pesquisador do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Amazônia - Cejam. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - Unifor. Professor Assistente de Direito Constitucional do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Rondônia - UNIR. Concentra seus esforços de pesquisa nas seguintes áreas: Teoria dos sistemas autorreferenciais; Constitucionalismo e Modernidade; Garantias Fundamentais (CV-Lattes).

A DECLARAÇÃO DE ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO AUTOISENÇÃO DO DIREITO¹

Diego de Paiva Vasconcelos

RESUMO

Este trabalho trata do conceito construído pelas Cortes Constitucionais da Colômbia e do Brasil denominado “Estado de Coisas Inconstitucional -ECI” e utilizado para declaração de inconstitucionalidade de fatos. Esta é uma questão sobre os limites e confins do direito. Apresenta a (auto)representação do conceito de “ECI” na estrutura das decisões das cortes constitucionais que utilizaram-no. Através do referencial teórico da Teoria da Sociedade descreve-se sua função, ou seja, o que se faz quando se declara um estado de fato como inconstitucional.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Constitucionalismo Latino-americano. Diferenciação social. Limites do Direito.

ABSTRACT

This paper concerns about a new legal concept that become to be used by the Constitutional Courts of Colombia and Brazil called *Unconstitutional State of Affairs*. This institute was used at the first time by the Colombian Constitutional Court and then by the Brazilian Supreme Court as a key for the declaration of unconstitutionality of

¹ Texto originalmente publicado como capítulo do Livro Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas Vol. I, editado pelo Centro de Estudos em Direito da União Europeia da Universidade do Minho sob a coordenação geral da Professora Doutora Alessandra Silveira. (<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/53734/1/Ebook%20UNIO%20CON-PEDI%20VOL%201.pdf>)

matter of fact. This is properly a question about limits and boundaries of the Law. From the frame of the Theory of Society, the proposal it's a description of the operational structures and the function of this legal concept through its observation.

Keywords: Unconstitutional State of Affairs. Latin American Constitutionalism. Social differentiation. Limits of the law.

1. Introdução

O tema que abordo é a recente criação no âmbito jurídico latino americano do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) - construção conceitual que é apresentada como nova modalidade de tutela e "garantia" dos direitos fundamentais, ou mesmo como solução para litígios estruturais. A pergunta que inicialmente dá propulsão ao trabalho é: o que faz o Estado de Coisas Inconstitucional(?).

A jurisdição constitucional brasileira albergou alguns dos mais importantes debates políticos das últimas décadas e definiu algumas reformas tidas como necessárias, no direito, na política, na economia, na educação e até na ciência, assim como também ocorreu na Colômbia e em boa parte dos países da América do Sul. A justificativa para a tomada de decisões vinculantes no Direito era possibilitar uma nova orientação dirigida a um futuro planejado e selecionado pela racionalidade normativa do Direito. Porém, o tardar chegar daquele futuro planejado, ou seja, a frustração com um projeto político-jurídico, ao invés de tornar evidente o fracasso daquela tendência, na verdade, possibilitou o reforço da ideia do ativismo ou protagonismo judicial como solução de problemas estruturais, ou melhor, possibilitou tornar nítida a pretensão de hierarquização do sistema social a partir do Direito. Nesse contexto que surgiu a figura conceitual do Estado de

Coisas Inconstitucional - ECI².

Esse conceito tem tomado relevo no constitucionalismo e na jurisdição constitucional latino americanos. Seu uso foi reiterado na prática da Corte Constitucional Colombiana e, recentemente, se iniciou o seu debate no plenário do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Os principais argumentos utilizados para cunhar o conceito nas Cortes Constitucionais da Colômbia e do Brasil foi a necessidade de intervenção do Direito em campo que foi representado como privativo da Política que, por seu turno, não teria sido capaz de respostas eficientes para tratar problemas de sua competência funcional. Na Sentencia T-153, da Corte Constitucional Colombiana e na decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil, em medida cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 347, por exemplo, tratou-se das condições do sistema carcerário violadoras da dignidade humana que, contudo, não poderiam encontrar na Política qualquer solução em razão de uma falta de representação da população afetada e mesmo pela contrariedade da opinião pública. Assim, nesses termos - somados aos argumentos de violação massiva de direitos fundamentais, falta de coordenação institucional e falha estrutural de diversos órgãos e agentes - estaria justificada a intervenção judicial sem que, contudo, se configurasse qualquer violação à separação dos poderes. A defesa de direitos e garantias fundamentais de população hipossuficiente exposta à reiterada e massiva violação de direitos legitimaria a tal medida e afastaria a possibilidade de se indicar violação à separação dos poderes do Estado.

Os principais críticos apontaram como o grande problema do ECI a invasão pelo judiciário (Direito) sobre as competências do legislativo (Política), ou melhor, em termos próprios da teoria dos sistemas, um

2 Em um plano mais abstrato, o tema que apresento trata da diferenciação funcional dos direitos fundamentais. A diferenciação funcional da sociedade é uma aquisição evolutiva consistente na diferenciação em base à subsistemas orientados por problemas sociais com os quais se torna possível tratar os níveis de complexidade alcançados na sociedade moderna. Os direitos fundamentais, por sua vez, são estruturas que têm a função de manutenção da diferenciação social nessas bases (Luhmann, 2002). Quando se apresenta como técnica de tutela dos direitos fundamentais um instrumento da jurisdição constitucional como o ECI, a tarefa é observar se esse instrumento funciona para reforçar a diferenciação social ou não.

possível caso de corrupção de códigos ou mesmo do cancelamento da diferenciação entre Direito/Política. Também foi apontado por outros que sua operação distinguiria-se do controle de constitucionalidade nos moldes da tradição do pensamento jurídico, porque não dirigidos à qualificação jurídica de leis ou normas como inconstitucionais, mas à estados de fato.

Raffaele De Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo, logo após o julgamento da medida cautelar em ADPF n. 347, emitiram relevante opinião veiculada no jornal O Estado de São Paulo - Estadão - que circulou em 19 de setembro de 2015, na qual afirmaram que “aquela seria mais uma faceta do fenômeno da judicialização da administração pública”, e também, que o reconhecimento do ECI como conceito jurídico pelo Supremo Tribunal foi utilizado para “afirmar que ‘é lícito aos juízes intervir quando a atuação ou omissão das autoridades coloca em risco direitos dos jurisdicionados’”.³

Para aqueles autores, o “ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina”. Afirmaram, ainda que, para alcançar essa conclusão bastaria o exercício lógico de aplicar o conceito do ECI a si próprio: “Se assim estão as ‘coisas’- e, por isso, a ordem jurídica é ineficaz e o acesso à Justiça não se concretiza -, por que não decretar a inconstitucionalidade da Constituição e determinar o fechamento dos tribunais?”⁴

Todas as vezes que tocou no assunto em seu Grupo de Estudos no Centro de Estudos do Risco (Centro di Studi sul Rischio), na Universidade do Salento (Università Del Salento), Raffaele De Giorgi lançou algumas perguntas interessantes senão fundamentais: “Sendo o Estado de Coisas nos presídios brasileiros inconstitucional, não seria também o caso das favelas do Rio de Janeiro, das periferias das grandes cidades, ou mesmo dos hospitais públicos? Quando se declara inconstitucional o estado de coisas nos presídios e não se declara inconstitucional o estado de coisas nas favelas não se estaria, assim, constitucionalizando um tipo de violência (enquanto se qualifica outro

3 DE GIORGI, R. FARIA, J.E.; CAMPILONGO, C., O Estado de São Paulo, 19 de Setembro 2015. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 20 de julho de 2017.

4 Idem.

como inconstitucional)? Passa a solução desses problemas pela sua declaração de inconstitucionalidade?”.

Se a solução dos problemas estruturais passasse pela sua declaração de inconstitucionalidade, então óbvio que se estaria diante de sua solução. Do contrário, se tomarmos como ponto de partida que a mera declaração de inconstitucionalidade não seja capaz de solucionar graves problemas que se encontram generalizados nas estruturas da sociedade, o que faz o Estado de Coisas Inconstitucional? Ou seja, o que se está fazendo quando se aplica sobre um estado de coisas a qualificação de inconstitucional? Esse é o problema que aqueles que se ocupam do tema devem solucionar.

2. A origem do conceito do Estado de Coisas Inconstitucional e a estrutura argumentativa da decisão na medida cautelar em ADPF n. 347

Em grande parte dos países da América Latina, durante a segunda metade do século XX, viveu-se primeiro a experiência trágica das ditaduras e, posteriormente, entre as décadas de 1980 e 1990, os movimentos constitucionais restauradores de suas respectivas democracias. Essa reconstrução se realizou através do constitucionalismo político dirigido à reestruturação das formas características da diferenciação social, abrindo assim amplo espaço para o reconhecimento de direitos e para a construção de grandes expectativas sobre o futuro dessas democracias.

Essas expectativas frustraram-se no curso da década de 1990, com a impossibilidade da Política e das novas constituições de conduzirem ao futuro esperado. A resposta foi a colonização dos discursos e práticas judiciais orientados por teorias legitimantes do direito como mecanismo de profundas transformações sociais. Esse constitucionalismo atravessou da Política para o Direito, colocando-se como instrumento de transformação da sociedade a ser operado através da jurisdição, inclusive, constitucional. O protagonismo judicial ou o ativismo judicial surgiu no constitucionalismo latino americano

como resposta à ineficácia da ação política.

Nesse contexto histórico é que surge o conceito do ECI. Sua origem data do fim do século XX, se encontra na *Sentencia de Unificación SU-559/97* – na qual se discutiu a distribuição especial de educadores, de recursos orçamentários relativos à educação, além de específicos problemas previdenciários, e na Decisão T-068/98, na qual se discutiu questão previdenciária. Essas decisões veicularam, não declarações de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, mas qualificaram estados de coisas como violadores da constituição (Valle, 2016, p. 340).⁵

A Sentença de Unificação 559/97 inaugurou o uso do termo “Estado de Coisas Violador da Constituição”, que depois foi aperfeiçoado como “Estado de Coisas Inconstitucional”. O caso tratava do interesse de vários professores dos municípios do Departamento de Bolívar que interpuseram ações de tutela contra as autoridades e governos municipais, apontando violação do direito de acesso à saúde e ao direito à seguridade social. Foi constatado que, efetivamente, todos os meses eram realizados descontos em folha de pagamento equivalentes a 5% do salário de cada professor, mas que não foi procedido seu registro junto ao fundo específico de seguridade social daquela carreira. Constatou-se também que, em boa parte dos casos, os municípios se utilizavam daquela receita para custear sistemas próprios de saúde para os professores das redes locais. Por fim, a Corte Constitucional Colombiana concluiu que houve “o generalizado descumprimento da obrigação de filiar os educadores municipais ao competente cadastro e fundo previdenciário”. Entre os principais motivos, na decisão se indicou aqueles que constituíam “*un determinado estado de cosas*

5 VALLE, Vanice Lírio do (2016, p. 338-339) chama atenção para uma possível origem de algo semelhante ao ECI em precedentes do direito norte-americano, notadamente em *Hutto vs. Finney* [U.S. 678 (1978)], no qual também se tratou da inadequação de uma instalação carcerária e se afirmou a inconstitucionalidade das condições e práticas mantidas no estabelecimento prisional.

que contraviene los preceptos constitucionales”⁶, no qual a violação dos direitos fundamentais poderia ser explicada por faltas não atribuíveis a um só órgão ou agente estatal, mas por uma deficiência política e institucional generalizada.

Segundo Ariza Higuera (2000, p. 969), na SU-559 a Corte Constitucional Colombiana estabeleceu pela primeira vez a “doutrina do Estado de coisas inconstitucional” para a qual “a violação dos direitos fundamentais seria o resultado de falhas estruturais” e não simplesmente “o produto de arbitrariedade cometidas por um funcionário do Estado”. Naquele julgado a Corte Colombiana se outorgou novo dever, aquele “de colaborar de maneira harmônica com o restante dos órgãos do Estado para realização de seus fins; e também se outorgou o dever de comunicar às autoridades competentes um determinado estado de coisas violador da Constituição Política” (SU-559).⁷

Posteriormente, em 1998, no julgamento que tratou do problema das condições de superpopulação carcerária sob perspectivas histórica e estrutural na Colômbia a Corte Constitucional afirmou que já havia feito uso da figura do “estado de coisas inconstitucional com o fim de buscar remédio a situações de vulneração dos direitos fundamentais que tenham caráter geral e causas de natureza estrutural, ou seja,

6 (1) ampliación de las plantas de personal municipal, sin contar con la capacidad presupuestal necesaria para pagar y garantizar la remuneración “completa” (prestaciones) a los docentes; (2) inadecuada forma de cálculo y distribución del situado fiscal que, en lugar de otorgarles peso decisivo a las necesidades reales de educación de la población escolar, toma en consideración la distribución geográfica de los docentes; (3) concentración irracional e inequitativa de los educadores públicos en los grandes centros urbanos, lo que deja sin atender las necesidades de muchas poblaciones que, para llenar el vacío, se ven forzadas a sobrecargar sus finanzas públicas a causa del incremento de sus plantas de educadores y de la demanda insatisfecha por este servicio esencial. Como se puede observar en este caso, la violación de los derechos fundamentales de los docentes, según la lectura que realiza la Corte, puede ser explicada no por la falla atribuible a un único órgano estatal, el inicialmente demandado, sino a una deficiencia de la política general del sistema educativo y que involucra a varias instancias. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 15 de julho 2017.

7 “La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política”. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 15 de julho 2017

que não se originam exclusivamente na autoridade demandada “⁸ (Sentencia T-153/98).

Após pelo menos seis decisões onde se indicou o novo conceito e já na primeira metade da década de 2000, a Corte Colombiana construiu a decisão (Sentencia T-025/04) que fixou definitivamente os requisitos para a declaração de ECI, isto é, circunstâncias que possibilitariam a qualificação jurídica de um estado de coisas como inconstitucional, que seriam: i) multiplicidade de direitos fundamentais afetados, ii) vulnerabilidade dos afetados, iii) urgência da prestação estatal, iv) persistência temporal da violação a direitos fundamentais enfrentada no caso, v) omissão das autoridades competentes, e, por fim, vi) a multiplicidade de agentes e órgãos públicos envolvidos.⁹

Os requisitos fixados para a aplicação daquele conceito chamam extrema atenção. Primeiro, pelo reconhecimento de que não se

8 “Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general – en tanto que afectan a multitud de personas –, y cuyas causas sean de naturaleza estructural – es decir, que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.” Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 15 de julho 2017.

9 “En razón de esta multiplicidad de derechos constitucionales afectados por el desplazamiento, y atendiendo a las aludidas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran los desplazados, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que éstos tienen, en términos generales, un derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado. Este derecho al trato preferente constituye, en términos de la Corte, el “punto de apoyo para proteger a quienes se hallan en situación de indefensión por el desplazamiento forzado interno”, y debe caracterizarse, ante todo, por la prontitud en la atención a las necesidades de estas personas, ya que “de otra manera se estaría permitiendo que la vulneración de derechos fundamentales se perpetuara, y en muchas situaciones, se agravara”.

[...] El patrón de violación de los derechos de la población desplazada ha persistido en el tiempo, sin que las autoridades competentes hayan adoptado los correctivos suficientes para superar esas violaciones, y sin que las soluciones puntuales ordenadas por la Corte frente a las violaciones detectadas en las sentencias dictadas hasta el momento, hayan contribuido a impedir la reincidencia de las autoridades demandadas en tutela. Inclusive, se ha llegado a agravar la situación de afectación de los derechos de la población desplazada ante la exigencia impuesta por algunos funcionarios de la interposición de acciones de tutela como requisito previo para que las autoridades encargadas de su atención cumplan con sus deberes de protección. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 15 de julho 2017

trata de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, como é próprio do controle de constitucionalidade. Em segundo, pelo reconhecimento de uma resistência temporal do problema tratado; e, finalmente, em terceiro lugar, por reconhecê-lo como estrutural para, assim, também reconhecer a impossibilidade de definição de responsabilidade de agente, ente ou órgão estatal, mas apenas a necessidade de uma pluralidade deles para a solução do problema (coordenação institucional).

No Brasil, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, dirigiu ao Supremo Tribunal Federal pedido de qualificação de inconstitucionalidade de um estado de fato como meio para determinação de medidas concretas suficientes à solução do litígio estrutural. A ação tratava de problemas do sistema carcerário, principalmente, se dirigia à superlotação, às condições degradantes, à violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Classificava essas condições como resultantes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal perpetradas por décadas a fio. Postulou-se, então, uma determinação para adoção de providências, de conteúdos diversos, mas se pediu naquela ação, majoritariamente, por decisões do sistema jurídico sobre o sistema jurídico; e, em menor parte, pugnou por decisões do sistema político.

O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a medida cautelar na ADPF n. 347, uma vez constatado que o cenário fático descrito na ação seria incompatível com a Constituição Federal¹⁰. A situação carcerária foi qualificada como inconstitucional através dessa construção da ofensa estrutural a uma multiplicidade de preceitos fundamentais, consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. Declarou-se que o quadro fático ali reproduzido seria resultante de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. No

10 Uma ação cujo cabimento tem sido reconhecido em face da violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do Poder Público e inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade.

entanto, a decisão cuidou de determinar a adoção de apenas três medidas, quais sejam, a realização de audiências de custódia (pelo Judiciário), a liberação do fundo penitenciário (pelo poder executivo da União) e a obrigação de prestar informações pelo Estado de São Paulo¹¹.

Note-se que nessa ação e na sua respectiva decisão não se apontou uma específica violação jurídica, nem um específico ato e nem um específico responsável, mas sempre uma generalizada e massiva violação de direitos fundamentais. Essa formulação se distancia dos padrões que dominam os esquemas do pensamento jurídico desde o século XVIII. Não há ali uma *actio* específica a ser sindicada e nem a imputação de um agir a um sujeito “capaz” de ser responsabilizado. O que se observa na decisão muito claramente é a frustração - no presente com uma certa expectativa de futuro - representada como estado de coisas. E, ainda, se observa a expectativa de possibilidade de transformação da realidade a partir do direito. A decisão se representa como correção de trajetória e se representa como orientada a um futuro planejado e esperado que deverá surgir no horizonte de acontecimentos em decorrência de si mesma. Se representa como meio eficaz para alcançar um fim certo. Essa decisão opera, claramente, com a distinção meio/fim no seu esquema de (auto)justificação.

A trajetória que conduziu ao ECI passa necessariamente pela imposição estrutural, representada no pensamento da velha tradição,

11 Eram oito os pedidos na medida cautelar na ADPF n. 347, e apenas aquele identificado na alínea ‘h’ era dirigido ao poder executivo da União para liberação do fundo penitenciário. Todos os demais pedidos eram dirigidos a obter providências do próprio poder judiciário. Dos três pedidos deferidos por ocasião do julgamento da medida cautelar naquela ADPF, o primeiro foi a determinação de realização de audiências de custódia, o segundo a determinação da liberação de verbas do fundo penitenciário pela União, e o terceiro, concedido *ex officio*, foi a determinação ao Estado de São Paulo para que encaminhasse ao Supremo informações sobre o seu sistema prisional. As cautelares requeridas foram: a) *Aos Juízes e Tribunais* - motivação expressa pela não aplicaram cautelares alternativas à privação de liberdade; b) Que realizem, em até noventa dias, audiências de custódia; c) Que considerem o quadro dramático do sistema penitenciário no momento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante a execução penal; d) Que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão; e) Que abrandem os requisitos temporais para a fruição de benefícios dos presos, quando as condições de cumprimento da pena forem severas; f) *Ao juiz da execução penal* - que abata, da pena, o tempo de prisão, se as condições de cumprimento forem mais severas daquelas inicialmente fixadas; g) *Ao CNJ* - que coordene mutirão carcerário; e, por fim, h) *À União* - que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

de sempre decidir e de decidir com justiça todas as causas que são conduzidas ao Judiciário. Ora, assim, o acúmulo de iniquidades sociais apontadas e denunciadas na ADPF 347 não poderia deixar de receber uma prestação eficaz.

A declaração de ECI torna evidente a dupla exigência que onera o juiz: “decidir sobre cada caso e decidir de maneira justa” (Luhmann, 2005, p. 366). A exigência de que os tribunais devam decidir sobre qualquer caso que se lhes apresente corresponde a uma norma de proibição da denegação da justiça - que parece operar contra a coerência do próprio sistema. A coação decisória que opera sobre o centro do sistema jurídico força sua evanescência.¹² Tanto a Corte Constitucional Colombiana quanto o Supremo Tribunal Federal do Brasil não decidiram previamente se deveriam ou não decidir e se eram ou não competentes para prover uma decisão capaz de enfrentar os problemas¹³ oferecidos para julgamento e, só então, oferecer uma efetiva solução. O debate do ECI inicia com uma decisão implícita de que as Cortes podem decidir sobre qualquer caso que se apresente e, ainda, que se tomada uma decisão ela será a melhor e mais eficaz porque decidida pela Corte.

2. O futuro na (da) declaração de Estado de Coisas Inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional - ECI, que se apresenta como instrumento de proteção dos direitos fundamentais – é o estado da

12 Os sistemas parciais expressam o ordenamento total na forma de diferenciação interna (Luhmann, 2005, p. 359). O sistema do direito, internamente, segue um padrão de diferenciação centro/periferia, tendo seu centro ocupado pelos tribunais, que podem, entre si, estabelecer uma diferenciação segmentária.

13 Quando julgar? Como julgar? Quem deve julgar? Esse é um debate extremamente atual no mundo ocidental e é exatamente aquele que diz respeito ao *quando decidir*. Nos Estados Unidos, o debate sobre as capacidades institucionais, modéstia judicial e deferência que trata sobre quem deve julgar, quando deve julgar e em que bases deve julgar, mas sobretudo, surgindo como uma negação do *non liquet* e sustentando que nem sempre é possível uma decisão ou por vezes se possível uma decisão não necessariamente seja essa uma decisão judicial. Ver por exemplos o trabalho de Adrian Vermeule e Cass Sunstein Interpretation and Institutions (http://ssrn.com/abstract_id=320245). E, ainda, de Adrian Vermeule, Three Strategies of Interpretation (Adrian [University of Chicago Law Occasional Paper, No. 44 (2005) disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=occasional_papers . De Cass R. Sunstein and Edna Ullmann-Margalit, Second-Order Decisions (November 1999; Ethics, v. 110, no. 1). Acesso em: 20 de julho de 2017.

arte do ativismo judicial latino-americano. Seu grande e característicos problema é o consequencialismo com que opera e com o qual se constrói como certeza de poder moldar o futuro, isto é, o ECI se justifica sobre seleção de futuro. Essa indicação de um futuro, por exclusão (arbitrária) de outros futuros, na verdade, apenas incrementa seus próprios riscos. Opera com uma distinção meio/fim onde a própria decisão é meio no presente para um fim que está no futuro, mas cujo o único fundamento para o uso do meio é o seu próprio fim. A decisão se torna fundamento de si mesma, em uma relação circular e auto fundada. Justificar-se sobre um futuro que ainda está aberto no horizonte de expectativas é apenas uma estratégia argumentativa para indicar um fundamento para a decisão, isto é, para tornar latente que o Direito se funda sobre si mesmo.

Esse consequencialismo nada tem a ver com uma capacidade de mensurar consequências futuras, mas funciona como técnica de fundamentação da decisão por meio de uma representação de futuro. Técnica extremamente eficaz, porque o futuro não existe e no presente aquilo que se indica como futuro é apenas uma expectativa, funciona como uma *self fulfilling prophecy*. Desse modo, nada, exceto o próprio futuro, pode negar aquele fundamento que, contingencialmente, pode se materializar na realidade ou não. Também é eficaz para manter latente o paradoxo da decisão judicial, pois diante da impossibilidade de se justificar sobre fontes do direito, textos preestabelecidos – porque são decisões que não se limitam à aplicação do direito positivo – se justificam sobre uma expectativa de futuro¹⁴. Ou seja, representa como sua fonte não mais o direito positivo - ineficaz para a concretização de suas expectativas de justiça social -, mas, sim, o próprio futuro que se espera como consequência da própria decisão. Uma relação, sem dúvidas, autorreferente, onde a decisão mira um futuro que é consequência dela própria e que, por isso, dentro dessa estrutura argumentativa, lhe serve de fundamento.

Quanto aos requisitos para a declaração do ECI, na verdade, não

14 Esse futuro nada tem a ver com qualquer capacidade premonitória. Mas é meramente uma construção argumentativa com a função de tornar latente o paradoxo e dar um fundamento aos atos decisórios.

indicam características de um fato externo ao direito e existente com aqueles traços que, uma vez identificado, deve ser juridicamente tratado. Na verdade, trata-se de uma técnica de construção daquilo que se utiliza como realidade dentro do direito. Trata-se de uma técnica de construção de realidade. O que significa, efetivamente, uma multiplicidade de direitos fundamentais afetados? A vulnerabilidade dos afetados? A urgência da prestação estatal? A persistência temporal da violação a direitos fundamentais enfrentada no caso? A omissão das autoridades competentes ou a multiplicidade de agentes e órgãos públicos envolvidos? Se observarmos a sociedade global, essa mais parece uma descrição do mundo do que de uma realidade particular. Poderia tratar-se da situação das crianças na Síria, dos imigrantes que cruzam o Mediterrâneo, dos Rohingya de Mianmar, dos latinos e negros dos Estados Unidos, enfim, tudo pode ser comportado nesses requisitos.

A redução de expectativas é um modo de enfrentar o futuro, de construir realidade, mas não pode ser confundida como uma característica da própria realidade. É propriedade do sistema, da observação e não do respectivo ambiente. A complexidade operativa não pode ser ignorada a partir de uma complexidade da observação. O excesso de possibilidades não pode ser ignorado a partir do déficit informacional. O futuro não pode ser apropriado em uma representação de sentido. O que pode haver é uma representação de sentido de futuro que com ele não se confunde jamais.

A frustração dessas expectativas se impõe sobre esse futuro anunciado, porque é tão apenas uma entre tantas possibilidades. O futuro, nesse sentido, é apenas um problema da sociedade. O direito tem competência funcional para responder a um problema social delimitado e não a qualquer problema social¹⁵, qual seja, a generalização congruente de expectativas.

A constituição é a unidade da diferença entre Política e Direito;

15 No ambiente, são possíveis mais operações do que no sistema. O ambiente externo se constitui como ameaça a si mesmo, o ambiente interno se constitui como ameaça a si mesmo, de modo que a sociedade ameaça a si própria, porque é ambiente de si mesma. A sociedade não pode ser destruída por uma guerra no sentido de que uma guerra não é produzida no seu exterior, mas uma técnica de comunicação social produzida no interior da sociedade.

através da constituição se realiza o acoplamento estrutural entre direito e política. Tal acoplamento significa que Direito e Política coevoluem, mas também que o paradoxo da fundação do Direito vem movido para o plano da política e que o paradoxo da decisão política vem tratado juridicamente. Se concebermos assim Constituição, a observação sobre aquele conceito deverá ser orientado ao que efetivamente faz, independentemente daquilo que declara fazer em sua autorrepresentação. A declaração de ECI não tem o condão de moldar ou alterar o futuro e nem mesmo de mensurá-lo. Então, o que faz?

3. O que faz Estado de Coisas Inconstitucional?

Na sociedade moderna, à diferença de outros tipos de sociedade, não há um centro a partir do qual seja possível observar em modo unitário a própria sociedade. É uma sociedade policêntrica, no sentido de que a nenhum sistema parcial compete uma descrição total da sociedade, não há nenhuma descrição/indicação vinculante; aliás, esse é ponto de partida de Luhmann (1997, p. 22). Cada sistema da sociedade moderna se especifica em base de uma função, ou seja, em relação a um específico problema social para o qual se torna competente para tratar. Essa função se realiza apenas dentro de seu específico e competente sistema. Decorre, desse modo de operar, a impossibilidade de uma redescritção total da sociedade a partir de quaisquer de seus sistemas parciais, porque entre eles não há nenhuma hierarquia.

Na sociedade latino-americana, na qual as desigualdades convivem com a inação política, o ativismo possibilitou uma expansão dos limites do sistema jurídico para responder a demandas sociais próprias da Política, da Economia e de outros sistemas parciais da sociedade. As possibilidades (re)descritivas de uma realidade pelo sistema do direito foram compreendidas pelos entusiastas do ativismo como possibilidades de intervenção e transformação racional da sociedade. O novo constitucionalismo parte do centro do sistema jurídico

(Judiciário)¹⁶ para representar o mundo a partir do direito e propor uma transformação juridicamente operada. Essa pressuposição da possibilidade de descrição vinculante da sociedade a partir de um único sistema, a imposição hierárquica dessa redescritção ao seu entorno e a consequente ideia de possibilidade de operá-la, descrevê-la e indicá-la a partir de um único sistema de função é ponto mais fraco daquela perspectiva teórica.¹⁷

O ativismo se caracteriza por responder aos conflitos sociais através de respostas diretas que se (auto)representam como capazes de ultrapassar os confins do direito e operar diretamente, por exemplo, no sistema político ou no sistema econômico. E, assim, em regra, ignora em seus argumentos a função, os confins e os limites operativos do próprio Direito. Se representa como uma resposta à frustração das promessas do projeto do iluminismo tardio latino-americano e de seu programa político. Sua construção teórica ignora que o sistema jurídico opera (re)descrevendo em seu interior os conflitos de seu ambiente, (re)constituindo em seu interior conflitos jurídicos por meio da representação dos conflitos de seu ambiente¹⁸.

A diferenciação social em base funcional é uma aquisição da sociedade que permite tratar o ambiente altamente complexo e mutável da sociedade moderna. Não há ganhos evolutivos em retornar a um estado anterior de indiferença funcional de uma

16 "Por conseguinte, la organización de la jurisdicción sería aquel sistema parcial (sub-sistema) en el que el sistema del derecho tiene su centro. Sólo aquí se puede utilizar la particularidad de los sistemas de organización: decidir acerca de la inclusión (o exclusión) de los miembros, con el fin de producir compromisos especiales en los jueces. [...] Sólo por medio de la organización se garantiza la universalidad de la competencia deber decidir/poder decidir sobre todas las cuestiones jurídicas. Todos los demás campos de trabajo (no judiciales) del sistema del derecho pertenecen a la periferia." (Luhmann, 2005, p. 383)

17 "Lo que sigue notable en la crítica marxista a la economía política de su tiempo es el traslado a un contexto social de un conocimiento que antes se había justificado sobre la naturaleza. El orden económico del capitalismo no sigue, según Marx, la naturaleza de la actividad económica con una tendencia incorporada a la racionalidad individual y colectiva. Es más bien una construcción social. [...]"

Aunque hoy siga habiendo conformidad para justificar la economía capitalista no por medio de la naturaleza sino del éxito, se mantiene lo que el análisis marxista aporta en última instancia y lo distingue de las teorías económicas de corte normal: la idea de que la economía desarrolla su autodescripción desde sí misma, se representa a sí misma en su teoría y regula desde ella las referencias internas y externas." (Luhmann, 1997, pp. 24-25)

18 A atividade judicial se determina, exclusivamente, dentro da distinção legislação/jurisprudência. *A jurisprudência trata da aplicação do direito através de decisões a casos particulares.* (Luhmann, 2005, p. 367)

sociedade hierarquizada incapaz de tratar a extrema complexidade. O ativismo, desse ponto de observação pode ser indicado como uma tendência orientada à uma pretensão de cancelamento da diferença entre Direito e Política e jamais como instrumento para a solução de profundos conflitos sociais. A construção do conceito de ECI se utiliza da linguagem e da argumentação próprias do ativismo, mas se observarmos como efetivamente opera poderemos perceber uma profunda diferença.

A relação jurisprudência/legislação e a aportação conceitual doutrinária sobre as fontes do direito sempre foram utilizadas para encobrir a circularidade implicada na produção do direito pelos tribunais. Todo esse aparato teórico sempre foi utilizado para encobrir o paradoxo da decisão judicial, ou seja, para ocultar que as decisões fundamentam-se sobre si mesmas, que os tribunais produzem direito quando decidem. Contudo, a técnica utilizada no ECI é diversa. Não se desnuda, simplesmente, o paradoxo da decisão, mas se justifica a competência para decisão, segundo um direito produzido pelo próprio tribunal, indicando uma insuficiência dos outros sistemas para fazê-lo, apontando uma crise do próprio Direito e, ainda, fundamentando-se sobre a construção de um futuro conforme o Direito. As convicções morais do juiz, enquanto equivalentes funcionais da vontade divina, são suficientes e bastantes para a transformação do imprevisível em previsível (Luhmann, 2005, p. 377).¹⁹

Nenhum tribunal deve dar início a um juízo por si mesmo, ainda que as calamidades se incrementem ao seu redor (Luhmann, 2005, p. 368). Mas o que acontece no cenário do constitucionalismo latino-americano é que, diante das dificuldades do sistema político na estabilização de um consenso e da produção de decisões vinculantes, o sistema jurídico se apresenta através de seus tribunais como uma

19 "El problema de los 'hard cases' ya existía antes del proceso de diferenciación del sistema del derecho. Entonces, estos casos difíciles se decidían por el juicio de Dios. Actualmente, parece que las convicciones morales del juez (dentro de las convicciones morales del pueblo) son un equivalente funcional del juicio divino: igual de imprevisible, pero, con mejores posibilidades de contribuir a la formación del derecho y, de esta manera, transformar lo imprevisible en algo previsible. Piense lo que piense la teoría del derecho acerca de esta arrogancia moral, cuando se expone a los tribunales al imperativo de decidir, no se les puede pedir una lógica argumentativa que descarte los regresos *ad infinitum* o los círculos viciosos. Por eso se les perdona cuando se atienen a ciertos principios." (Luhmann, 2005, p. 377)

resposta a essa frustração, processando demandas impróprias para as quais é estrutural e funcionalmente incompetente. Operando segundo um juízo moral. Ao que isso pode conduzir? Certamente, não tardará o momento no qual outro subsistema, diante da frustração com o Político e com o Jurídico, tente responder a essas demandas, continuando a disfuncionalidade sistêmica que draga as sociedades latino-americanas como um vórtice.

A principal crítica ao ECI partiu justamente da crítica às características do próprio ativismo, tratou de apontar os riscos implementados por uma decisão jurídica dirigida aos problemas da política. Apontou-se no ECI todos os defeitos que se observava no ativismo. No entanto, a despeito do ECI ser concebido sobre a mesma matriz teórica do ativismo - que é visível nos fundamentos de sua decisão, principalmente no que trata dos temas de separação de poderes e dos fundamentos do próprio direito, ou melhor, dos direitos fundamentais como fundamento do próprio direito e do agir no direito - o que faz a declaração de ECI é muito diverso da tomada de uma decisão vinculante no sistema jurídico.

Façamos um corte que permita observar com precisão aquele conceito. Tomemos um caso específico: a decisão na medida cautelar em ADPF n. 347. Trata-se do problema da situação carcerária brasileira que seria, nos seus próprios termos, "um problema histórico que vem tomando proporções ainda maiores e não logrou encontrar solução no curso dos 27 anos da constituição brasileira decorridos entre 1988 e 2015", quando declarado o ECI pelo Supremo. Isso foi tratado cuidadosamente naquela decisão como problema (da Política) de difícil solução, dada debilidade representativa da população afetada e da contrariedade da opinião pública. Cuidadosamente, naquela decisão, também foi tratado o tema da separação dos poderes para legitimar a suposta intervenção do Direito na Política como algo excepcional que se autoriza, unicamente, em face da excepcionalidade do caso e diante do preenchimento de requisitos (criados pela própria decisão). Tudo isso de acordo com a tradição do próprio ativismo e muito coerente com sua doutrina. Tanto entusiastas da medida como seus críticos tomaram por dado que o problema carcerário brasileiro fosse

um problema da Política, ou melhor da falta de prestação da política, e se debateram apenas sobre a legitimidade ou não de intervenção do Direito na Política, ou se havia, ou não, violação da separação entre os poderes naquele caso.

É necessário ter em mente alguns dados para compreensão do contexto fático que ambientou a discutida decisão: A população carcerária brasileira em 2015, era estimada em 622.202 mil presos²⁰, segundo o relatório Infopen, com aumento registrado 267,32% entre os anos de 2000 e 2014, tornando o Brasil naquele ano o quarto país que mais encarcerava no mundo, conforme dados do Ministério da Justiça e o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, 2014). Sendo 40% (250 mil pessoas) do total dessa população carcerária formada, por pessoas presas de forma provisória, sem sentença condenatória passada em julgado. Um dos mais graves pontos relatados é a superlotação carcerária, uma vez que o déficit de vagas atingiu a marca de 250.318 postos, situação que só poderia ser agravada pelo cumprimento dos mandados de prisão ainda em aberto, que acresceria àquele déficit mais 437 mil postos. A situação relatada no julgamento da medida cautelar em ADPF dá conta ainda de tortura, estupros e outras formas de violência perpetradas contra os presos depositados no sistema prisional, além de falta de alimentação adequada e mesmo artigos de higiene.

Aquela decisão também é marcada por uma argumentação baseada sobre análises estatísticas, sociológicas e históricas dirigidas a demonstração das causas estruturais dessas mazelas. A Política é indicada como o *locus* da construção do problema, como sua causa exclusiva. A impossibilidade de reflexão dentro da Política estaria bloqueando as possibilidades de solução da crise carcerária e isso atrairia o Supremo Tribunal Federal para o papel de coordenar a

20 Esse número saltou de 622.202, em dezembro de 2014, para a marca de 726.712 pessoas encarceradas junho de 2016. Houve um crescimento de mais de 104 mil pessoas. Hoje cerca de 40% são presos provisórios, mantendo a média registrada no censo anterior, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) divulgado em 8 de dezembro de 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça.

interação interinstitucional necessária à correção das falhas estruturais que jamais teriam decorrido de um único agente, órgão ou ente, mas de uma indeterminável multiplicidade de atos externos ao sistema jurídico. Contudo, nas soluções encontradas na decisão para dirimir o “litígio estrutural”, a única medida dirigida ao sistema Político (Política/administração) é o descontingenciamento orçamentário à possibilitar investimentos no setor prisional, através de determinação para que a União liberasse e o saldo acumulado do Fundo Penitenciário para utilização com a finalidade para a qual foi criado.²¹

Naquele caso se discutiu, também o grande número de presos provisórios e que medidas seriam possíveis para atenuar os alarmantes números com os quais se depararam - em aparente surpresa com um velho problema. Quando se tratou, por exemplo, do pedido de determinação aos juízes para fundamentassem a não adoção de medidas alternativas à prisão provisória, o argumento vencedor foi aquele de que essa já seria dever de todo juiz conforme a lei que regula o procedimento de prisões cautelares, mas era nítida a preocupação em se evitar o aviamento de número excessivo de Reclamações Constitucionais por eventual descumprimento desse dever, caso se formulasse a decisão naqueles termos. Outro ponto de grande relevo naquele debate foi o pedido para que se determinasse aos juízes e tribunais a observância dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a fim de que se realizasse audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas.

É claro que o estado em que se encontra o sistema carcerário brasileiro não decorreu de um acontecimento específico recente localizável espacial ou temporalmente, como “produto da arbitrariedade cometida por um funcionário do Estado” (Ariza Higuera, 2000, p. 969). Tampouco se trata do resultado de uma decisão ou

21 Aliás, em 2 de agosto de 2017, um despacho do relator da ação, Ministro Marco Aurélio, determina à União que se manifeste quanto uma petição do Estado do Ceará que aponta o descumprimento da medida liminar no tocante a esse item. Não se impôs um orçamento por via de decisão judicial e nem se determinou qual o valor deveria ser investido. Essa determinação dirigida à União, apenas diz que deve cumprir aquilo que ela mesma decidiu.

de um número determinável de decisões, mas da generalização da ilegalidade que constitui um estado de ilegalidade difusa. Contudo, localizar o problema carcerário no interior da Política para tratá-lo no Direito consiste num deslocamento do problema em relação ao exterior do sistema jurídico. Apenas, a título de exemplo, o poder judiciário brasileiro tem, através de seus juízes (competentes para a execução penal) atribuição conferida através de lei e outros atos normativos para fiscalizar os cárceres através de inspeções ordinárias ou extraordinárias e promover até mesmo a interdição daqueles estabelecimentos que estiverem funcionando em condições inadequadas ou com infringência à Lei de Execuções Penais, nos termos dos seus artigos 63 e 66. Ora. Como então os estabelecimentos carcerários puderam chegar ao estado relatado na ADPF n. 347?

Mais além, a discussão aventada na ADPF n. 347 sobre o dever de se fundamentar decretos de prisão provisória sobre as razões da não utilização de medidas alternativas à prisão faz possível ver quanto o debate do direito penal brasileiro está preso ao cárcere. Toda motivação é necessária ao desvio de uma expectativa. De modo que, por exemplo, o decreto de prisão utiliza como fundamentos o porquê daquela situação ali tomada ser uma exceção ao direito à liberdade. Ou seja, distingue aquele caso dos demais. Nenhum dever de motivar uma decisão reduziria o encarceramento em massa, produziria apenas uma nova forma de argumentação. Mas, as razões do Supremo para se desviar daquele pedido veiculado na ADPF 347 foi a seguinte: o dever de motivar está já presente no direito constitucional e dele nenhum juiz poderia se afastar, cabendo unicamente solucionar eventual violação em sede do caso concreto pela via recursal.

Justamente nessa argumentação é que talvez o Supremo denuncie a si mesmo e ao próprio sistema jurídico ao reconhecer, diante dos alarmantes números, que pode estar havendo excessos na aplicação do encarceramento provisório e que tal excesso seria um desvio da excepcionalidade da medida e que tal excepcionalidade poderia ser verificada nos fundamentos do decreto de prisão. Fica, contudo, a pergunta: por que isso não vem sendo efetivamente feito, ou seja, por que a via recursal não tem sido capaz de corrigir eventuais

excessos na utilização da prisão cautelar (a não ser em polêmicos casos que tomaram as páginas dos principais jornais nos últimos anos)? Ou, por que as audiências de custódia, que já tinham previsão no direito internacional veiculado em tratado e pacto do qual o Brasil é signatário, não eram regularmente praticadas até então? Por que o Supremo jamais se debruçou sobre esta falta de aplicação do Pacto de São José da Costa Rica?

O grande número de presos provisórios, é verdade, pode ser tomado como possível através das prestações da Política ao Direito, através da construção de programas decisoriais punitivistas de criminalização dos mais variados modos do agir e acontecer social, principalmente, aqueles característicos das parcelas mais débeis da sociedade. Porém, seja naquela ação ou na sua respectiva decisão esse problema não foi enfrentado. Tivesse o Supremo se voltado ao punitivismo penal da política brasileira talvez se pudesse falar em ativismo ou em violação da separação de poderes ou, melhor, em apropriação da Política pelo Direito.

Tanto na ADPF n. 347, quanto na Sentencia T-153 da Colômbia, o problema carcerário é explicado através de uma “remissão histórica” ou melhor, que “longe de ser uma questão conjuntural, é a manifestação de um problema mais profundo” (Ariza Higuera, 2000, p. 974). Tratar o problema como histórico, no entanto, explica muito pouco. Trata-se, na verdade, de uma interessante estratégia argumentativa para promover o deslocamento da competência para o tratamento do problema, assim como indicar uma omissão da Política para justificar sua solução pelo Direito. A generalização da ilegalidade, ou seja, a ilegalidade que de volta em volta se repete nas operações do sistema do Direito, é um problema do Direito. O estado de coisas apontado como inconstitucional trata-se, na verdade, de ilegalidade difusa, conforme apontado por Raffaele De Giorgi em manuscrito ainda não publicado. Não há que se falar em problema da Política ou no interior da política.

A superpopulação, a tortura e a violência no interior do cárcere não são produtos históricos de uma profunda crise, mas são produzidos no interior de relações jurídicas concretas e observáveis; toda

inspeção judicial que não aconteceu ou que não foi capaz de detectá-los, na verdade, os (re)produziu. Todo decreto de prisão que não se atentou às possibilidades alternativas (re)produziu aquele estado de ilegalidade difusa. São dados que podem ser historicamente (re)construídos e representados, mas imputar à Política ou mesmo à história a produção dessas mazelas é mera estratégia argumentativa. Então, o que faz a declaração de ECI quando aponta origem históricas e estruturais ao problema? Desloca-o, argumentativamente, para o campo da Política e se representa como intervenção do Direito na Política para, na verdade, promover a auto-isenção do Direito em relação ao conflito que é produzido em suas próprias operações.

A isenção é operada pelo deslocamento argumentativo do problema para fora dos domínios do sistema. A autoisenção consiste em postular no outro um defeito que não se reconhece em si mesmo, de modo a se considerar a parte positiva e o outro a parte negativa em uma distinção. Com a auto-isenção o comunicador toma licença de não aplicar a si próprio, reflexivamente, os códigos com os quais opera e, assim, a auto-isenção produz poder. (Luhmann, 1996b, p.27).²² A autoisenção não decorre da autonomia, mas do arbítrio. Promove a discricionariedade e cancela a auto especificação histórica (Luhmann, 2004, p. 463). A declaração de ECI é decisionismo.

4. Conclusão

Este trabalho tem a finalidade exclusiva de evidenciar alguns equívocos que permeiam as descrições e mesmo a crítica do Estado de Coisas Inconstitucional. A resposta fornecida pela jurisprudência do Estado de Coisas Inconstitucional é capaz apenas de uma solução aporética. Esta aporeticidade esconde a função do ECI, aquilo que realmente faz.

Diante da indicação da “crise dos direitos fundamentais”, se pretende uma solução através do reforço da proteção dos direitos

²² Ver também o conceito de auto-isenção (self exemption) na na tradução inglesa da obra *Das Recht der Gesellschaft* (Luhmann, 2004, p.463).

operado por novas tutelas e técnicas de jurisdição que não fazem outra coisa que não seja reproduzir a barbárie. Em regra, sob a etiqueta de crise, é indicado aquilo a que não se pode descrever, o termo tem mais a ver com incapacidade descritiva do que propriamente com rompimento ou abalo estrutural. A crise dos direitos, nos dias atuais, é produzida pela representação disforme desses direitos. É produzida pela incapacidade descritiva das teorias (disponíveis) sobre os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Os direitos fundamentais, de fato, só existem diante da sua violação e, assim, sua função é serem violados. A sua existência é, portanto, crítica. A declaração de ECI se utiliza do argumento de uma crise dos direitos fundamentais produzida por condições estruturais externas para se (auto)justificar, para se (auto)conceber, para se criar. O que ignora é que nenhuma causa externa ao Direito age diretamente sobre ele para moldá-lo. Ora, é o Direito, enquanto sistema parcial da sociedade, que produz a crise dos direitos; porque só direito (re)produz direito e nenhuma ação ou comunicação externa pode penetrá-lo.

A comunicação da crise dos direitos fundamentais tem sentido no interior do direito. O que, contudo, se tem descrito como crise do direito é a sua própria estrutura e modo de funcionar. O Direito não tem a possibilidade de solucionar conflitos sociais, mas (re)descreve no seu interior, pelas suas próprias operações, os conflitos de seu ambiente interno ou externo. Nenhuma construção jurídica tem, por fim, solucionar conflitos, e essa não é uma possibilidade do Direito, pois se encontra fora de seus limites. É essa incapacidade que desencadeia as teorias da crise dos direitos e que justifica seus artefatos decisórios orientados à expansão sobre outros domínios.

O modelo de controle constitucional das experiências constitucionais norte americana, europeia e latino-americana cingia-se à atribuição da qualificação jurídica da inconstitucionalidade, de se indicar um direito como legal (constitucional) ou ilegal (inconstitucional), ou seja, da aplicação do código do Direito ao Direito. Desenvolveu-se como técnica de imunização do direito em relação à política. A declaração de ECI, ao invés, utiliza de uma estratégia argumentativa que desloca

para seu exterior os conflitos constituídos como seu objeto. Faz isso utilizando-se da indicação das causas históricas e sociológicas do conflito e, assim, afasta a possibilidade de observação da (re)produção operativa generalizada da ilegalidade difusa que torna resistentes ao tempo às indicadas violações massivas de direitos fundamentais.

Em termos concretos, a declaração de ECI não é capaz de alcançar os resultados que se atribui como fim (do qual se afirma meio). O que e faz é isentar o Direito e suas operações pelo estado de ilegalidade difusa que efetivamente (re)produziram. Faz isso através do deslocamento argumentativo do problema do Direito para a Política, imputando a essa última, não apenas a causa, mas o dever de correção das mazelas produzidas sob a coordenação do próprio Direito. Não é capaz de produzir soluções para o estado de ilegalidade difusa (instalado no interior do direito), mas, de fato, legitima e reforça esse estado.

Observando decisões da Suprema Corte (*Brown versus Board of Education*), da Corte Interamericana de Direitos Humanos (caso Urso Branco – Resolução de 18 de junho de 2002), ou mesmo da Corte Europeia de Direitos Humanos (*Broniowsky vs. Poland*), vamos notar que decisões de “retenção de jurisdição” voltadas contra “litígios estruturais”, isto é, ilegalidades generalizadas e difusas, poderiam ser encontradas antes mesmo da primeira decisão da Corte Constitucional Colombiana que tratou do conceito de declaração de ECI. A originalidade do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional é se distinguir como técnica de tratamento da ilegalidade difusa através do deslocamento para o exterior do sistema do problema que toma por objeto. Enquanto o controle de constitucionalidade de molde tradicional consiste, justamente, em uma técnica de interdição da auto-isenção, permitindo que o sistema aplique sobre si mesmo o código com o qual opera [Conforme o Direito(*Recht*)/Não Conforme o Direito (*Unrecht*) - Constitucional/Inconstitucional)], a declaração de ECI, ao contrário, bloqueia a possibilidade de aplicação reflexiva dos códigos do sistema jurídico, cancela a interdição e realiza a auto-isenção e, então, obsta possibilidades cognitivas do sistema estabilizando expectativas. Em outras palavras, a técnica de declaração de inconstitucionalidade

de fatos ou estado de fatos bloqueia a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade ou não conformidade ao direito de um conjunto de operações realizadas dentro do Direito e pelo Direito, de modo que essas operações e comunicações são validadas.

A declaração de ECI frustrará as expectativas de seus entusiastas porque não será capaz de realizar o futuro que indica no fundamento de suas decisões e nem mesmo corrigir as profundas mazelas estruturais que toma por objeto. Devemos esperar apenas que não chegue o dia de se declarar o Estado de Coisas Inconstitucional do Estado de Coisas Inconstitucional. Seria paradoxal que para devolver a reflexividade ao Direito pela jurisdição constitucional fosse necessário aplicar a auto-isenção sobre a auto-isenção para só assim interditá-la. Mais trágico, ainda, seria que uma vez detectado o estado de ilegalidade difusa no interior do Direito se alcançasse a conclusão que o seu cancelamento dependeria do bloqueio estrutural das comunicações jurídicas produzidas no centro do sistema e, assim, se decretasse o fechamento dos tribunais como hipotetizaram De Giorgi, Faria e Campilongo.

5. Referências

ARIZA HIGUERA, L.J., (2000). *La realidad contra el texto: una aproximación al estado de cosas inconstitucional*. Revista Tutela. Volumen (4), pp. 965-978.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN* - Junho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MC em ADPF n. 347*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 14 jun 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Unificación 559 - 1997*. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em 15 de jul 2017).

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela 153* - 1998. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 15 de jul 2017).

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela 025* - 2004. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 15 de jul 2017.

DE GIORGI, Raffaele. *Por uma Ecologia dos Direitos Humanos*. In: Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.324-340, jan./jun. 2017, pp. 324-346. doi:10.12662/2447-6641oj.v15i20.p324-340.2017

DE GIORGI, Raffaele. *Temi di Filosofia del Diritto*. 2 ed. Vol. 1. Lecce: PensaMultimedia, 2016.

DE GIORGI, Raffaele. *Temi di Filosofia del Diritto*. Vol. 2. Lecce: PensaMultimedia, 2015.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. O Estado de São Paulo, 19 de Setembro 2015. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043> (Acesso em: 20 de julho de 2017)

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad (Das Recht Der Gesellschaft)*. 2 ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de Mexico: Herder/ Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. *I Diritti Fondamentali come Istituzione*. Trad. Stefano Magnolo. Bari: Edizioni Dedalo, 2002.

LUHMANN, Niklas. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. In: Il futuro della costituzione. A cura di ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. Torino: Einaudi, 1996a, pp. 83-128.

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Translated by Klaus A. Ziegert. (Oxford Socio-Legal Studies). Oxford - New York: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997.

LUHMANN, Niklas. *The Sociology of Moral and Ethics*. In: *International Sociology* (march 1996b), Vol. 11, N. 1, pp. 27-36; Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/026858096011001003> (Acesso em: 8 de fevereiro de 2013).

LUHMANN, Niklas & DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. 11 ed. Milano: Franco Angeli, 2014.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *A Formação do Conceito de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2013.

VALLE, Vanice Lírio do. Estado de Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a Construção da Resposta Adequada. In: *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*. Org. BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; e MAIA, Fabiana. Curitiba: Juruá, 2016.