

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

FILOSOFIA DO DIREITO II

FERNANDO DE BRITO ALVES

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Fernando De Brito Alves, Leonel Severo Rocha – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-368-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Filosofia do Direito. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

FILOSOFIA DO DIREITO II

Apresentação

Integram esse livro os artigos apresentados no Grupo de Trabalho Filosofia do Direito II do XXV Congresso do CONPEDI, que se realizou no mês de dezembro de 2016, na cidade de Curitiba – Estado do Paraná.

Os trabalhos indicam a higidez da pesquisa em filosofia do direito no país, e são representativos da produção acadêmica nacional, visto que seus autores estão ou foram vinculados à Programas de Pós-graduação em Direito da UFPA e CESUPA – Pará, FDV – Espírito Santo, UFRJ e UERJ – Rio de Janeiro, UNIVALI – Santa Catarina, UFPR – Paraná, UFPB – Paraíba, UNISINOS – Rio Grande do Sul, ESDHC – Minas Gerais, e UNIVEM – São Paulo.

Sem a pretensão de comentar especificamente todos os textos, mas com o objetivo de apresentar este livro, organizamos algumas breves considerações.

Constatamos que alguns dos autores fundamentaram suas pesquisas na filosofia francesa contemporânea. Foucault é o principal referencial utilizado para discutir a categorização sexual do direito e problematizar questões de biopolítica. Derrida e a sua filosofia da desconstrução é uma categoria de análise importante para a compreensão crítica do fenômeno jurídico contemporâneo. A ato de benzer como patrimônio cultural imaterial pode ser descrito a partir da filosofia de Paul Ricoeur.

Outras tradições filosóficas contemporâneas também estiveram presentes nos textos, já que houve autores que trabalharam aspectos da filosofia pragmática de Richard A. Posner, o problema da discricionariedade em Herbert Hart e Ronald Dworkin. Além de questões relacionadas à moral, análise econômica do direito, entre outros. Houve quem explorasse as divergências entre Kelsen e Cossio, e não faltou referência aos clássicos na discussão sobre a moralidade em Homero.

Por fim, ressaltamos que os textos, além de apresentarem discussões filosóficas densas, sobre categorias de análise, conceitos e modelos epistêmicos, também se preocuparam com os aspectos mais concretos da nossa vida cotidiana que podem auxiliar na compreensão de fenômenos complexos como a justiça e a exclusão social. Nesse contexto foram abordadas questões envolvendo os refugiados e o “rolezinho”.

A diversidade do livro que apresentamos é indiciária da inesgotabilidade temática da pesquisa em filosofia do direito no Brasil, de modo que recomendamos a todos interessados na área, a leitura deste livro.

Coordenadores do GT Filosofia do Direito II

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: COMPLEXIDADE, PARADOXO E COMUNICAÇÃO

STATE INCONSTITUTIONAL THINGS: COMPLEXITY, PARADOXES AND COMMUNICATION

Herleide Herculano Delgado ¹
Cárita Chagas Gomes ²

Resumo

A Constituição, no topo do ordenamento jurídico, traz comandos revestidos de verdades, impondo harmonização sistêmica. Em razão das complexidades advindas das frustrações do sistema psíquico surgem diversas decisões judiciais em torno do sistema para cauterizar tais problemas. O estado de coisas inconstitucional (ECI) é um reflexo destas complexidades ocasionando outras tantas. Logo, este artigo, eminentemente teórico, aborda temas do ECI, da reserva do financeiramente possível e do mínimo existencial, no intuito de revelar a ilusão funcional e os paradoxos ocultados, diante da teoria dos sistemas e da comunicação.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas, Eci, Paradoxos, Complexidade, Comunicação

Abstract/Resumen/Résumé

The Constitution, on top of the legal system, brings coated command truths, imposing systemic harmonization. Because of the complexities arising from the psychic system frustrations arise several court decisions around the system to cauterize such problems. The state of unconstitutional (ECI) is a reflection of these complexities causing many others. Therefore, this article eminently theoretician, addresses issues of ECI, reserve the financially possible and existential minimum, in order to reveal the functional illusion and the paradoxes hidden, on the theory of systems and communication.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Systems theory, Eci, Paradoxes, Complexity, Communication

¹ Especialista em Direito Tributário, Pesquisadora e Mestre em Direito Econômico pela UFPB e Professora de Direito

² Pesquisadora e Mestre em Direito Humanos pela UFPB

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Parte-se da máxima normativa estrutural de que a Constituição é a lei alfa e ômega. Dela se originam as verdadeiras leis e se findam as falsas. O objetivo é claro: um ordenamento sistêmico com normas hierarquizadas como forma de organização. Posto assim, o que é verdade ou inverdade em uma lei? Poderia ser a Constituição questionada quanto a sua constitucionalidade? Ou ser a Constituição colocada no banco dos réus como inconstitucional? E mais, a quem seria dado o poder para se decretar a inconstitucionalidade da Constituição, se esta está em uma redoma sendo velada por seu guardião, a chamada Corte Suprema ou Supremo Tribunal Federal (STF)?

O estado de coisas inconstitucional, umas das mais novas instigantes verdades proferidas pela corte guardiã, foi importado do sistema jurídico da Colômbia e declarado como resposta para as atuais deflagrações dos direitos fundamentais instauradas na superlotação do sistema prisional brasileiro. Através da ADPF 347, que tem sua base hermenêutica na ADPF 45 de 2004, o STF, numa atuação mais heterodoxa e se posicionando como legislador positivo¹, encontrou o instrumento que viabilizaria a aplicação de políticas públicas, até então não atendidas. Assim abriu-se uma fenda e a instauração de um longo processo de embate com os poderes executivo e legislativo, colocando em xeque a discussão do princípio da separação e harmonia dos poderes solidificado na Carta magna como cláusula pétrea, em seu art. 60, § 4º, inciso III, bem como a teoria da reserva do financeiramente possível, que aduz que o cidadão só pode exigir do Estado aquilo que este pode, razoavelmente, lhe dar.

Das decisões assim proferidas, o sistema social, numa leitura Luhmanniana, se contrai e se expande na tentativa de responder aquilo que não tem respostas, ou se tem serão sempre insuficientes à luz do entendimento dogmático, mas que encontra guarida no pensamento da teoria dos sistemas sociais, teoria da comunicação e do construtivismo. O paradoxo e a construção dessa verdade são revelados na tentativa de compreender, apesar da pouca possibilidade da compreensão necessária, a dinâmica estabelecida pelo Poder Judiciário frente os outros poderes e o seus inúmeros reflexos irrecuperáveis.

¹ Em uma breve retrospectiva é possível identificar a atuação do Supremo Tribunal Federal autorizada somente como legislador negativo, em que suspendia ou eliminava os dispositivos considerados inconstitucionais. A evolução histórica, demonstrada por Vieira Júnior, pontua que a corte, influenciada pela doutrina constitucional europeia, passou de uma postura conservadora e ortodoxa para a uma atuação heterodoxa. Nessa perspectiva, o poder judiciário “admitiu-se, excepcionalmente, com o passar do tempo, o controle jurisdicional das políticas públicas, quando violadas diretamente as normas expressas, constitucionais e legais, que as parametrizavam”.

As manchas e cicatrizes no corpo social ficarão, como sempre ficaram. Mas, o que convém no tempo oportuno é cauterizar o ponto em questão, utilizando-se das necessidades “mais” emergentes ou da seletividade, apesar de, desta soldagem, se irradiar inúmeras outras necessidades, também emergentes, concretizando um estado de contingência e complexidades que se reproduzem numa velocidade inatingível.

2 A ÓTICA DO EMBATE ENTRE OS PODERES PELA SELETIVIDADE

O estado de coisas inconstitucional traz em si muitas possibilidades de conceituação, expondo uma primeira problemática normativa, pois que aquilo que não tem conceituação unívoca e pontual termina por gerar muitas complexidades. Róman Corredor (2006, p. 343-344), expõe uma lista de dez pontos característicos que podem ilustrar o instrumento normativo, são elas:

a) Inobiservância reiterada e geral das liberdades e direitos essenciais pelos poderes públicos. b) adoção de práticas constitucionais por ditos poderes. c) A omissão dos órgãos competentes em matéria de defesa de direitos constitucionais em adotar as medidas corretivas a violações desses direitos. d) A manutenção de normativas transitórias e provisionais em matéria de direitos fundamentais, como o da autonomia e independência do poder judicial e seu regime disciplinar. e) O ativismo judicial. f) A temporariedade de juízes. g) O funcionamento deficiente e o desempenho insuficiente dos organismos judiciais e de defesa e proteção dos direitos fundamentais. h) O exercício de delegação legislativa ilimitada pelo poder executivo. i) A impunidade em delitos de corrupção e contra os direitos humanos. E, j) A substituição dos mecanismos formais de reforma constitucional e do poder constituinte pela justiça constitucional. (tradução livre).

Assim, abre-se a temática do embate, ou gládio, sob o olhar dos “sistemas sociais, por intermédio das suas estruturas e processos que operam pelo método da seletividade à luz de um universo de possibilidades para que possa construir assim a sua ordem, a sua verdade” (Silva, 2014, p.73). A seletividade é proposta para conter as frustrações sociais que estão a todo instante incomodando o sistema e tornando-o cada vez mais rúptil.

O que vai abrir as cognitividades teóricas, acerca das complexidades instauradas, é a combinação dos conceitos de irratção externa e de seleção interna (RODRIGUES; NEVES, 2012), sendo a complexidade da linguagem, advinda do sistema psíquico, aumentada por ocupar a posição privilegiada, de acordo com Luhmann, de poder irritar e estimular a comunicação, sendo esta a ferramenta que faz existir o sistema social.

O discurso implica sempre em uma linguística que reflete aquilo que não se consegue descrever. É uma expressão inventada para produzir efeitos no mundo social. A linguagem fixada vai tratar de afastar alguns ruídos e selecionar outros. Nesta atividade de acoplamento

estrutural², as irritações emitidas ao sistema são selecionadas, uma vez que estas não estão no meio do sistema, mas “surtem de uma confrontação interna entre eventos do sistema e possibilidades próprias, que constituem, antes de tudo, em estruturas estabilizadas, expectativas” (LUHMANN, 2011, p. 132). Para o autor a irritação presente no sistema é sempre construção deste, portanto auto irritação, provenientes do meio por influxos dele mesmo.

Assim, em meio ao gládio estabelecido entre os poderes (ou titãs) judiciário, executivo e legislativo, a irritação provocada pela linguagem posta de estado de coisas inconstitucional é fruto de um processo seletivo das várias complexidades estabelecidas no sistema, como um todo, e que se justifica pela necessidade de engrenagem estrutural. Sobre a seletividade, Luhmann propõe um conceito que “argumenta que a unidade da comunicação é a síntese de três seleções: a) a seleção de uma unidade de informação; b) a seleção de como levar ao conhecimento; c) a seleção de uma compreensão (PEIXOTO; NEVES, 2012, p. 62)”. Importante registrar que aquilo que não foi selecionado, apesar de sua inutilidade na ocasião, não será descartado, pois que poderá ser utilizado posteriormente e através da seletividade os limites da comunicação e da sociedade vão se construindo (2012, p. 63). Todos os contornos sistêmicos são direcionados quando se delimita a comunicação pela seletividade no intuito de conter determinadas frustrações pontualmente escolhidas, sempre cauterizando e buscando minimizar as complexidades.

Há de observar que desta complexidade, muitas outras surgem, mas que segundo Luhmann (2011, p. 132) “a redução de complexidade é condição para o aumento de complexidade”. E uma das complexidades mais latentes é a judicialização da Administração Pública, que surge com a ADPF 347 do STF, e que vai de encontro, para alguns pensadores, ao princípio da separação dos poderes, uma vez que “somente o Poder Executivo e o Poder Legislativo terão a possibilidade de balancear as dramáticas necessidades e as possibilidades orçamentárias na formulação e implementação de políticas públicas e alocação de recursos orçamentários” (BUCCI, 2002:271).

O Poder Judiciário entra em cena e efetivamente vem interferir no âmbito de competência administrativa do Poder Executivo fulminando o argumento da reserva do financeiramente possível, como proferido na decisão da ADPF em questão, e determinando a

² O conceito de acoplamento estrutural precisa que no fechamento operacional a causalidade seja canalizada de tal maneira que exista certa coordenação ou integração entre sistema e entorno, sem que se tenha que renunciar à radicalidade da tese do fechamento de operação. Justo porque os sistemas estão fechados com respeito a seu operar, podem ser influenciados mediante acoplamentos estruturais, ao menos no longo prazo. (LUHMANN, 1997, p. 84).

adoção de medidas administrativas e a alocação de recursos orçamentários para formulação de políticas públicas.

Na decisão do STF que empregou o conceito, o relator destacou a severidade e persistência das violações a direitos humanos nos presídios brasileiros, afirmou que a responsabilidade seria atribuível aos três poderes do Estado, bem como a todos os entes da federação, já que as transgressões maciças decorrem da falta de coordenação institucional entre os agentes públicos e de falhas estruturais (PEREIRA;GONÇALVES, 2015, p. 148)

Se por um lado há a necessidade de uma tomada de decisão quanto ao problema carcerário e a ausência dos direitos fundamentais dos apenados, conferindo aos juízes a licitude em intervir nas atitudes e omissões das autoridades administrativas que põe em risco os direitos dos administrados, “devido a uma sucessão de mudanças econômicas e sociais do país” como salientado por De Giorgi, Campilongo e Faria, em texto escrito para o Estadão, por outro, há uma série de problemas que decorrem dessa tomada de decisão, sendo os mais graves: o limite de atuação dos poderes, até então entendidos como bem delimitados, fato questionável inclusive, o desprezo à teoria da reserva do financeiramente possível e a ameaça ao sistema democrático de direito, uma vez que a democracia, em tese, confere poder ao povo de eleger seus representantes legais através do sufrágio.

Há de se entender que neste último ponto a democracia se fragilizaria, pois que a decisão do magistrado vai figurar como uma atuação política, própria do poder executivo e legislativo, comprometendo o sistema democrático que se constitui através do voto e não de concurso público. Nas palavras de Silva “seria o juiz o Batman da *Gothan City*”, aquele que estaria para solucionar todos os problemas da sociedade, revestido de um poder de estabelecer verdades através de suas decisões proferidas. E entre os poderes há de se questionar qual seria seus verdadeiros limites, impondo a problemática de suas falhas e atribuições, pois:

Maçãs estragadas podem ser encontradas em variadas cestas. A causa do estrago pode estar nas cestas ou, então, nas próprias frutas. Nada leva a crer que a cesta de um tribunal seja mais resistente que a da política, nem que suas maçãs sejam mais duráveis. Substituir o sistema político por uma Corte Constitucional é só depositar vinho velho em frasco antigo – com rótulo falso e propaganda enganosa. É seguir na aventura com cesta frágil e maçãs podres, acarretando fardo indigesto para quem beber do vinho e comer da fruta. Quebram-se as garrafas, rompem-se as cestas, mistura-se tudo e, metáforas à parte, perde-se a diferença funcional entre o papel da política e o papel do Direito (DE GIORGI, Raffaele; CAMPILONGO, Celso; FARIA, José Eduardo. Estado de Coisas Inconstitucional. Estadão: Opinião, 2016).

Emergindo a falha estrutural que se estabelece no sistema, pelas complexidades acima expostas, o nível de desconfiança é acionado, mas há a possibilidade dos problemas operacionais já trazerem suas possíveis respostas, seria o que Luhmann (2011) chama de sistema técnico ou previsível, calculável, seguro, em que as falhas podem ser contidas e

proporcionam a existência de planejamento numa tentativa de evitar surpresas. Outra possibilidade é o sistema aberto ao sentido, dentro da teoria do encerramento operativo³, nesta, Luhmann expõe a discussão sobre a causalidade e seus efeitos dentro do sistema, em que causalidade, para teoria dos sistemas, “é uma relação seletiva estabelecida por um observador; um julgamento que resulta da observação realizada por um observador”, assim o autor descreve que:

No esquema causal sempre entra em jogo a infinidade das causas, havendo até contabilizações causais que não são naturais, já que decorrem, em primeiro lugar, de apreciações negativas: a porta do automóvel não abre, devendo, então, ser consertada; o carro, conseqüentemente deve ser levado à oficina. Além disso, essas deduções negativas podem ser transferidas para a atribuição causal relacionada com as estruturas sociais: em razão da monetarização do trabalho, a sociedade capitalista constitui a causa que produz os efeitos perniciosos conhecidos por todos nós. Portanto, não se trata apenas, no esquema causal, da infinidade natural de causas, mas também da causalidade latente e da causalidade estrutural, sobretudo para aqueles sistemas que podem ter consciência disso. Necessitamos, assim, observar o observador, para saber qual causalidade ele atribuirá, e quais causas e efeitos ele trará à baila.” (LUHMANN, 2011, p. 105)

O estado de coisas inconstitucional (ECI), neste caso, seria a causa que gerou os efeitos expostos quanto ao embate dos poderes, um efeito abstrato, frágil, inseguro e questionável. Essa relação de causa e efeito é ampla, muito embora o sistema jurídico se posicione como um instrumento que gera segurança às expectativas para a produção de confiança social e respeito do futuro (LUHMANN, 2000). A segurança às expectativas, diz o autor, não é o mesmo que a certeza de confirmação, sendo a confiança uma construção artificial, símbolo para tornar operacionalizáveis tanto a complexidade quanto a contingência.

A superlotação do sistema prisional, ferindo a dignidade da pessoa humana, não é a única emergência no rol do cumprimento dos direitos fundamentais impregnados na Constituição que demandam do sistema jurídico uma decisão ou uma verdade, mas existem muitas outras como a saúde, a educação, a segurança, a moradia. O que não falta é a necessidade de aplicabilidade dos direitos fundamentais no Brasil, mas não se pode negar a improbabilidade destes frente a má distribuição de rendas e do desequilíbrio social gerado há séculos, bem com a inexistência de recursos destinados a sanar todas essas necessidades, em sua plenitude, o chamado reserva do financeiramente possível. Ou seja, não adianta exigir aquilo que é impossível de se realizar por questões fáticas, assim as decisões figurarão apenas no campo do ilusório, do aparente.

³ O conceito provém do biólogo chileno Humberto Maturana. Luhmann o incorporou definitivamente à teoria, há não muito tempo. Dez páginas brilhantes sobre o encerramento operativo aplicado ao social estão em: LUHMANN, N. & GIORGI, R. Teoria de la sociedade. Guadalajara, 1993, p. 49-58.

A postura do judiciário, na figura do STF, deflagrando o ECI, é tida como uma postura arbitrária e autoritária no que tange as funções típicas dos poderes. Há de se questionar, ou replicar, o que De Giorgi, Campilongo e Faria apontaram que “o reconhecimento de um ECI é político ou jurídico? Que sanção prevê? Persistindo a inércia, o que faz a corte? Determina a prisão dos inertes? Mas que ilicitude praticaram? Omissão? Indenização aos prejudicados? Ressarcidos os danos a inércia subsistirá?”. Esses questionamentos plausíveis são parte dos efeitos incontrolláveis emanados de um ECI que não podem silenciar, nem serem ocultados.

3 O PARADOXO OCULTO NA ECI E A RESERVA DO FINANCIAMENTO POSSÍVEL À LUZ DA TEORIA DA COMUNICAÇÃO

A aplicabilidade do estado de coisas inconstitucional vem estabelecer uma nova possibilidade do poder judiciário de exigir que os responsáveis pela administração pública (poder executivo), participantes do sistema político, concretizem a demanda pertinente aos direitos fundamentais, postos na Constituição, através das decisões proferidas. Importante ressaltar que, segundo Clara Hernández (2003, p.225)

Ante o reconhecimento da complexidade da situação, a corte não mais se dirige a resolver problemas particulares, assegurar direitos específicos de demandantes, e sim a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo.

Seria tudo possível se não fosse a impossibilidade fática das decisões frente à possibilidade orçamentária dos entes federativos, uma vez que estes estão legalmente vinculados a uma dotação orçamentária já previamente estabelecida pelo poder executivo e legislativo em seus planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias e leis orçamentárias anuais. Há de se considerar que, segundo Campilongo,

É cada vez maior a atenção que economistas e formuladores de políticas públicas conferem ao Direito. Por outro lado, de parte dos juristas, pelo menos entre nós, a recíproca não está no mesmo plano. Submersos em discursões formais e, muitas vezes, desatentos ou desapegados em relação ao principal problema da economia, isto é a escassez, os operadores do direito parecem advogar um “direito fundamental às pretensões ilimitadas” que ignora a realidade (2014, p.37).

De outra forma, não há como negar que a teoria da reserva do financeiramente possível é real em nosso ordenamento e, apesar da alta carga tributária arrecadada no Brasil⁴, (representando a receita derivada destinada a suprir as necessidades coletivas) o retorno desta receita para o bem estar social sofre de um mal chamado: improbidade administrativa ou má gestão do dinheiro público. Se não fosse assim seria possível atender mais, embora não em sua totalidade, a demanda e a teoria da reserva do financeiramente possível não seria posta em xeque em detrimento das imposições do estado de coisas inconstitucional e, porque não dizer, do ativismo judicial.

A reserva do financeiramente possível foi incorporada a nosso ordenamento jurídico baseada na Reserva do Possível⁵, ou “*numerus clausus*”, diante de um caso concreto. A corte Alemã pôs em pauta dois pontos: a necessidade da sociedade e a razoabilidade da pretensão. Assim o necessário passa a ser visto pela ótica do possível, numa busca de justificar o que é justo, mas nem sempre possível.

O estado de coisas inconstitucional frente a teoria da reserva do financeiramente possível demonstra uma confusão de entendimentos sem precedentes e alarga o campo da insegurança jurídica observando pela ótica do normativismo iluminista. No entanto, se fossemos ampliar a capacidade cognitiva, no sentido de avaliar o comportamento do sistema pela ótica da teoria dos sistemas e do sistema social, como sistema principal, é possível detectar a necessidade da aplicabilidade do ECI para demonstrar uma postura de controle e segurança, muito embora reflita a total insegurança.

A maior insegurança jurídica normativa não se demonstra só na aplicabilidade do Supremo, ora da teoria da reserva do financeiramente possível, ora no ECI. A maior insegurança se revela no paradoxo embutido dentro da própria ECI, quando decretada, que é a possibilidade de se questionar a inconstitucionalidade da Constituição quando se assume que os direitos fundamentais não tem sua aplicabilidade de forma imediata como ordena a própria

⁴Quando se leva em conta o retorno baixíssimo que o brasileiro tem em termos de saúde, educação e segurança, é possível dizer que temos a maior carga tributária do mundo, já que ficamos em último lugar no ranking de benefícios oferecidos à população com esses recursos. O país não tem uma política tributária que taxe o cidadão de acordo com sua capacidade de contribuir. Tem uma política de arrecadação para fazer caixa, que é resultado da ineficiência do Estado em administrar seus recursos — diz João Eloi Olenike, presidente executivo do IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário). Disponível em: <http://www.ibpt.com.br/noticia/2260/De-30-paises-Brasil-e-o-que-oferece-menor-retorno-dos-impostos-ao-cidadao>

⁵ Segundo Ingo Sarlet (2003, p. 265) [...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Constituição em seu parágrafo 1º do artigo 5º, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”.

A aplicação imediata disposta no artigo mencionado reflete a interpretação, por alguns observadores, de que os direitos fundamentais são de eficácia plena o que ordena uma aplicabilidade direta, imediata e integral. Assim, a não possibilidade da eficácia de uma norma de eficácia plena é a não eficácia da norma constitucional, comprovada na *práxis* pelos tribunais de contas que vem detectando a negação dos direitos fundamentais, em que Estados e Municípios não aplicam os mínimos exigidos, também denominado como mínimo existencial, em tão importantes áreas. Resultado: a Constituição é vigente, válida e eficaz, mas não consegue efetivar a prática de seu próprio comando. Como detectado por De Giorgi, Campilongo e Faria,

Invocar o ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina. Basta fazer um exercício lógico, empregando o conceito de ECI a ele mesmo. 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? (<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>)

O paradoxo exposto retrata a postura dual de um tribunal que estar para zelar e proteger a Constituição em sua íntegra. A Suprema Corte é a responsável por rejeitar do sistema normativo toda a norma que conflita com as normas postas pela Constituição, assim como manter a integridade das mesmas que compõe seu corpo normativo, em seus contextos de aplicabilidade. Quando esta mesma Corte, através da execução de uma teoria, ECI, admite que as normas constitucionais estão sendo ineficazes em sua aplicabilidade na *práxis*, há uma possibilidade de se refletir a sua inconstitucionalidade. Mas como pensar na inconstitucionalidade da Constituição se só quem pode decretar é aquele que existe para nunca denunciá-la?

Ainda remetendo a temática, das duas teorias apresentadas, à existência de um paradoxo em si pode-se entender que ele se faz presente tanto terminologicamente como tautologicamente. Terminologicamente por serem contrárias uma a outra, enquanto uma defende o Estado e o que está ao seu alcance financeiramente frente as pretensões emanadas, a outra impõe a execução das pretensões sem se curvar ao conhecimento do que é realmente possível de se efetivar na *práxis*. Tautologicamente por trazer um novo entendimento à luz da teoria dos sistemas que diz, segundo Magalhães que é “a própria condição de possibilidade das operações do sistema”(2014, p. 92) e não apenas uma contradição. A autora, enquanto

observadora do sistema, desvencilhando os pensamentos de Luhmann, aduz que aquilo que num primeiro momento e normalmente é visto como um problema, por ser uma contradição, é um instituto “apto a ser desenvolvido de forma criativa, ou seja, capaz de produzir operações em contextos em que, aparentemente, estas não são possíveis” (2014, p. 92). Nesse sentido, se põe em pauta uma nova visão, invisível em um primeiro momento, deste embate visivelmente exposto. O que se põe em evidência, segundo a Teoria dos Sistemas é a necessidade de lidar com as incontornáveis demandas da sociedade e as respostas possíveis para conter as frustrações.

Ao reconhecermos a existência do paradoxo e expormos ao ápice do discurso, contrariando as correntes doutrinárias e filosóficas que se esforçam em ocultá-lo, vemos nele a resposta para o sistema. O que parece ser um problema é uma solução. O paradoxo é sinônimo de contradição e também de tautologia, ou seja, na retórica a tautologia é um termo ou texto que expressa a mesma ideia de formas diferentes. Assim, a lógica clássica nos orienta a sempre tratar o paradoxo como algo abominável, que se deve esconder, enquanto que a Teoria da Sociedade (*Teoria della società*), de Luhmann e de Giorgi, nos convida a observá-lo e a descrevê-lo, pois tautologicamente o paradoxo é apenas uma forma de se explicar algo de forma diferente, sem tê-lo que extirpá-lo, necessariamente.

A lógica, por Nicklas Luhmann, “pode ver só o fato de que algumas expressões, a verdade da qual não se pode desistir, entram em conflito com outros termos, para os quais é a mesma coisa” (DE GIORGI, 2014, p. 82), assim os problemas que se insurgem, continua o autor, não podem ser resolvidos por manobras lógicas, havendo apenas a tolerância do problema, nunca a sua resolução, posto sempre num lugar menos doloroso. O uso criativo do paradoxo, por sua vez, vem se posicionar de forma a estimular a reconstrução do conhecimento, “útil para quebrar o impasse”, sendo a partir deste que se vê o problema (2014, p. 83).

Associando a teoria da sociedade à teoria da comunicação é possível observar que o sistema social, gerenciador dos seus subsistemas, para legitimar o subsistema normativo, sob a lógica da cognitividade do homem, se vale da comunicação e da linguagem ou da “teoria e ciência das tecnologias da comunicação” (SILVA, 2014, p. 74), objeto de construção. Essas construções cognitivas, entre a comunicação e o pensamento, conceituam o que Raffaele De Giorgi chama de **memória**.

A memória, segundo o construtivista, é um princípio explicativo que tanto o homem, como o sistema social, como o Direito, inventa. A memória então é considerada uma “função que é justificativa de si mesma e, conseqüentemente, decorre da evolução (2006, p.52-53)”.

De Giorgi relata a temática sob o prisma do tempo ou da “velocidade”, da corrente evolução humana e suas mudanças, que é o principal termômetro para a memória, estando na recordação ou lembrança de um passado que antes de ser passado é presente, sendo necessário observá-lo para diagnosticar as modificações ocorridas que geraram o produto, que é o próprio sistema, e assim traduz sua função. É na comunicação que todo o processo cognitivo se concretiza, acontecendo quando informação, mensagem e compreensão são sintetizadas (LUHMANN, 1997, p.80). Neste caso, a comunicação não está vinculada pela pretensão exata da informação, mas da compreensão, seja ela qual for, pois que ela é “ressaltada por Luhmann como um evento altamente improvável” (PEIXOTO; NEVES, 2012, p. 66), apesar de essencial para construção do sistema, pois é a operação própria dos sistemas, segundo os autores supracitados (2012, p. 60).

A comunicação surge como esperança de encontrar para o social um equivalente à operação bioquímica que aconteceu com as proteínas. Ou seja, a esperança de identificar o tipo de operador que torna possível todos os sistemas de comunicação, por mais complexo que tenham se tornado no curso da evolução: interações, organizações, sociedades. Tudo o que existe e que se pode designar como social consta, desde o ponto de vista de uma construção teórica que se fundamenta na operação, de um mesmo impulso e um mesmo tipo de acontecimento: a comunicação. (LUHMANN, 1996, p. 68)

Sobre a improbabilidade da comunicação, Luhmann (2001, p. 42 e 43) enumera três obstáculos: a) que alguém compreenda o que o outro quer dizer; b) na manifestação da possibilidade de atingir sujeitos distantes das situações contextuais; c) na obtenção dos resultados esperados. Os mecanismos utilizados pela sociedade de transformar essas improbabilidades em probabilidades são chamados de “meios”. Para Luhmann esses meios estarão para os três obstáculos e não só para a possibilidade de atingir sujeitos distantes, como assegurado por Parsons⁶.

A informação, por sua vez, vai nortear as mudanças comportamentais dentro do sistema, direcionando ou redirecionando as atitudes. Para o estudo ora estabelecido, a verdade do Estado de Coisas Inconstitucional é uma ilusão funcional, necessária ao sistema social, que é estabelecida mediante o discurso e a linguagem no sistema jurídico normativo. Por ser uma ilusão, para se estabelecer precisa de um suporte racional, como dito por Guilherme Leite Gonçalves “[...] tudo aquilo que for racional é considerado certo e, portanto, verdade (2013, p. 57). Sendo assim, quando o ECI adentra o ordenamento por um feixe de razão, na decisão da

⁶ Parsons criou o conceito de “meios de intercâmbios” o que envolvia, por exemplo, o dinheiro (p.69)

corte, ou necessidade social, dissipa a incerteza e impõe a certeza (ou suposta certeza), revestida de razão.

Uma das funções do direito, segundo o autor, é transformar incerteza em certeza, o não direito em direito, estando uma para outra como necessários, e que para isso se precisa de uma verdade produzida pela possibilidade comunicativa do observador, “que observa, é observado, mas não consegue se auto-observar”(SILVA, 2014, p.73). Para tanto se faz necessário um observador de segunda ordem utilizando-se da sua memória e da **comunicação** para construir o saber, o conhecimento, a verdade. Este trás a ideia de “uma construção cognitiva por um processo construtor de um olhar sobre o Saber e ou Não saber”(SILVA, 2014, p. 72), que,

[...]não havendo nenhum observador externo ao sistema social que possa analisá-lo com distância e imparcialidade. Ninguém detém um ponto de vista absoluto, considerado como sendo o único correto. O conhecimento é resultado da observação de segunda ordem, no qual um observador observa o que um outro observador observou. Desta maneira há diversas descrições, sob pontos de vista diferentes, mas todas com o mesmo valor. (KUNZLER, 2004, p.126)

É na observação de segunda ordem que vão acontecer as discussões sobre qual norma será a mais apropriada para conter as controvérsias e dá funcionalidade ao sistema, entendendo os princípios constitucionais como “artefatos normativos que servem precisamente para absorver o dissenso e, paradoxalmente, possibilitar-lhe e estimular-lhe a emergência sob as condições de um sistema jurídico complexo”(SILVA, 2014, p.97-98). Assim a linguagem vem figurar como facilitadora no processo comunicativo, sendo “o meio fundamental porque garante a regularidade da *autopoiesis* da sociedade, criando uma base comum de signos com capacidade de estabelecer “com clareza a intenção de comunicar”, ou seja, facilitar a compreensão (RODRIGUES; TORRES, 2008, p. 131).

Aproximando ao tema exposto, é visível a existência de um paradoxo no reconhecimento do ECI, uma vez que o que se justifica no plano normativo, no plano fático é uma ilusão funcional, uma decisão permeada entre a certeza e a incerteza. Fazendo-nos enxergar a ocultação deste paradoxo para entendermos as diretrizes basilares para o bom funcionamento do sistema, por ora apresentado com suas frustrações. Como coloca De Giorgi, “A lei pode agora adiar sua origem, pode inventar continuamente a sua origem, pode se justificar” (2014, p. 83), no intuito de dar respostas necessárias ao sistema, que segundo o autor, pode permeia entre a distinção entre regras e decisões que, citando Luhmann, diz “as regras tornam possíveis decisões e as decisões tornam possíveis as regras”.

De Giorgi (2014, 84) discorre sobre a estória do camelo de Niklas Luhmann para elucidar essa distinção entre regras e decisões, que conclui ser “o camelo todos os caminhos da legalidade, por isso permanece despercebido. Magalhães relata a estória de forma pontual:

Na estória, três homens estão diante da situação de dividir sua herança (alguns camelos) de acordo com a vontade de seu pai, que dispunha que o filho mais velho deveria receber metade dos camelos, o do meio deveria receber um quarto e o mais novo, um sexto destes. Ocorre que, quando o velho beduíno morreu estavam apenas onze camelos, total do qual não se podia efetuar a divisão na forma de apenas onze camelos, total do qual não se poderia efetuar a divisão na forma de sua vontade. O problema foi levado a um juiz, que juntou ao complexo dos camelos o seu próprio camelo, fazendo então a divisão da forma estabelecida: de um total de doze camelos, o filho mais velho ficou com seis, o do meio com três e o menor com dois. A soma da parte de cada um perfazia onze camelos, de modo que o juiz, realizada a tarefa, tomou de volta o décimo segundo camelo. (2014, p. 99).

A relação estabelecida por De Giorgi é a da sombra do camelo, que “faz bem sucedida a imunização política do indivíduo como soberania e livra assim a lei da necessidade de legitimar suas operações (2014, p. 85)”. Assim, o ECI pode ser visto como um instrumento necessário ocasionalmente, o que não se justifica pela lógica, mas pela necessidade do sistema. Continua o mesmo autor, “um inimigo que não existe realmente, mas a invenção funciona, pois produz uma realidade que o direito usa como sua realidade. O poder e o direito constroem o que eles usam como realidade e permite-lhes operar” (2014, p.87) que ao final é o que realmente importa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ECI vem tratar em um primeiro momento de COISAS. Coisas inconstitucionais. Coisas que ferem os Direitos Fundamentais. Coisas que descompassam o sistema. Coisas que são tudo o que existe ou possa vir a existir. Coisas que, ao final, caracterizam verdades num processo comunicativo e que muito embora não representem nada na prática, precisam existir.

Assim, observa-se a postura sistêmica de instrumentalizar teorias e normas de acordo com as necessidades de respostas que o sistema social provoca diante de suas frustrações. O paradoxo existente reflete a condição do sistema que tenta a todo tempo sanar as demandas de forma pontual, mesmo que em alguns momentos se contradiga, posicionando-se como uma ilusão funcional, com o objetivo, único e exclusivamente, de manter a engrenagem do sistema em condições de operacionalização.

Na prática, observa-se a loucura da judicialização administrativa e a usurpação das competências dos demais poderes. Na tentativa de se resolver os problemas sociais, reflexos das frustrações do sistema psíquico, que pela lógica não se tem solução, o máximo que se consegue são manobras utilizando-se dos próprios paradoxos, de forma criativa, para possibilitar o andamento do sistema. Reconhecer o camelo proposto por Niklas Luhmann se faz necessário para se amortecer a crueldade da realidade.

A reserva do financeiramente possível, o mínimo existencial, o estado de coisas inconstitucional, a Constituição, as decisões... todos esses são mecanismos, instrumentos, utilizados para se dizer o que é direito e o que não é direito, o que é lícito e o que não é lícito, o que é justo e o que não é justo, o que é verdade e o que é ilusão.

O que ora se apresenta como uma tutela dos direitos fundamentais, através do estado de coisas inconstitucional, não se sustenta pela própria ineficiência do Estado que não dispõe de recursos necessários para atender as determinações do poder judiciário. Ao mesmo ponto que não pode ser condenado pela sua omissão, uma vez que não há condenação atribuída a tal “ilicitude”, assim traduz-se: “Faça! Eu não tenho como fazer! Então, não faça!”.

O sistema opera de forma diversa de acordo com as suas necessidades entre as frustrações e as respostas possíveis de serem dadas. O tempo vai regendo cada manobra e cada decisão, assim o que era direito hoje, já não será amanhã, e tornará a ser depois de amanhã. Entre direito, certeza, segurança, licitude e justiça o Estado vai se justificando através de verdades estabelecidas a mercê do poder.

Essa ilusão funcional estabelecida impõe uma expectativa ao sistema social que não alcançará êxito, figurará no âmbito da frustração. Frustração no sistema carcerário com acomodação digna, na prestação do Estado quanto aos procedimentos na saúde (cirurgias, medicamentos...), na excelência da educação, na pronta segurança pública, em tudo que se coaduna na existência digna da pessoa humana, na sustentabilidade necessária da sociedade.

Se Luhmann assegura que os problemas devem ser administrados por não possuírem soluções, deve-se pensar nas melhores formas de administrar. Se não há uma solução pronta e estabelecida, há o mínimo que se possa fazer. E o mínimo passa por reformas sociais, jurídicas, econômicas, valorativas, em que a sociedade seja tutelada de forma mínima existencial. A dignidade passa pela transformação e pela construção contínua de civilidade, cidadania, democracia, e para se atingir esse nível se faz necessário a abominação da ignorância quanto as manobras maléficas do sistema. As manobras sempre irão existir, faz parte do mecanismo sistêmico, no entanto espera-se a moralidade dessas manobras de maneira a não ferir princípios estabelecidos como forma de governo e organização da sociedade.

Em meio as ilusões funcionais, como observadores, o sistema social/psíquico deve está atento a todos os comandos dados pelo sistema político/econômico e parar de fingir de ver aquilo que não ver e passar a ver o que realmente se ver.

REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandea. A justiça eficiente e as portas da lei. In: SILVA, Luciano Nascimento; BENE, Caterina Del. **Filosofia do Direito**, Estudos do Centro di Studi Sul Rischio dell'Università Del Salento, Itália, dos Profs. Drs. Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi. Livro I. p. 37-41. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

CORREDOR, Róman J. Duque. **Estado de Derecho y justicia: desviaciones y manipulaciones. El Estado de cosas inconstitucional**. Provincia Especial, 2006.

DE GIORGI, Raffaele; CAMPILONGO, Celso; FARIA, José Eduardo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Estadão: Opinião. Disponível em: <<http://opiniaio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 2 de maio de 2016.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006

_____. **Em torno ao direito: Kafka, Durrenmatt e a ideia de Luhmann sobre o camelo**. In: SILVA, Luciano Nascimento; BENE, Caterina Del. **Filosofia do Direito**, Estudos do Centro di Studi Sul Rischio dell'Università Del Salento, Itália, dos Profs. Drs. Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi. Livro I. p. 81-93. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza: Horizontes críticos para a teoria dos sistemas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Año 1, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2003.

KUNZLER, Caroline de Moraes. **A teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. Revista Estudos de Sociologia. Araraquara-SP, 16, 123-136, 2004.

LUHMANN, Nicklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

_____. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Veja, 2001.

_____. **Vertrauen**. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2000.

_____. **O conceito de sociedade**. In: NEVES, C.B.; SAMIONS, E.M.B. (Org). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

_____. **Introducción a la teoría de sistemas**. Mexico, D. F.: Anthopos, 1996.

LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoria de la sociedade**. Guadalajara, 1993.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. **Raffaele De Giorgi e os Paradoxos do Direito**. In: SILVA, Luciano Nascimento; BENE, Caterina Del. **Filosofia do Direito**, Estudos do Centro di Studi Sul Rischio dell'Università Del Salento, Itália, dos Profs. Drs. Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi. Livro II. p. 79-106. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. **Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição**. Revista Juris Poiesis, ano 18, nº 18, jan-dez. 2015 ISSN 1516-6635

RODRIGUES, Leo Peixoto. NEVES, Fabrício Monteiro. **Nicklas Luhmann: a sociedade como sistema**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Luciano Nascimento. **O observador e a teoria do conhecimento – a invenção do saber científico**. SILVA, Luciano Nascimento; BENE, Caterina Del. **Filosofia do Direito**, Estudos do Centro di Studi Sul Rischio dell'Università Del Salento, Itália, dos Profs. Drs. Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi. Livro II. p. 72-89. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

VIEIRA JÚNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes. Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudo e Pesquisas/CONLEG/Senado. Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 03 de abril de 2016.