



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS SANTA RITA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

RÁINA MANUELLA DOS SANTOS SILVA

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS:
UMA ANÁLISE DOS LIMITES DO PODER JUDICANTE**

**SANTA RITA
2022**

RÁINA MANUELLA DOS SANTOS SILVA

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS:
UMA ANÁLISE DOS LIMITES DO PODER JUDICANTE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de Santa Rita do Departamento de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Dr.^a Ana Clara Montenegro
Fonseca

**SANTA RITA
2022**

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

S586e Silva, Raina Manuella dos Santos.

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL À LUZ DA TEORIA
DOS SISTEMAS: UMA ANÁLISE DOS LIMITES DO PODER
JUDICANTE / Raina Manuella Dos Santos Silva. - João
Pessoa, 2022.

52 f.

Orientação: Ana Clara Montenegro Fonseca.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/Santa Rita.

1. ECI. Teoria dos Sistemas. Decisão Judicial. I.
Fonseca, Ana Clara Montenegro. II. Título.

UFPB/BSDCJ

CDU 34

RÁINA MANUELLA DOS SANTOS SILVA

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS:
UMA ANÁLISE DOS LIMITES DO PODER JUDICANTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de Santa Rita do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr.^a Ana Clara Montenegro Fonseca

DATA DA APROVAÇÃO: 16 DE JUNHO DE 2022

BANCA EXAMINADORA:

**Prof.^a Dr.^a ANA CLARA MONTENEGRO FONSECA
(ORIENTADORA)**

**Prof. Ms. ANDERSON GUEDES DE FARIAS
(AVALIADOR)**

**Prof. Ms. CARITA GOMES CHAGAS
(AVALIADORA)**

A Deus por ter me sustentado nesta jornada,
A minha mãe, pai e tia Vânia por todo apoio.

AGRADECIMENTOS

Venho, por meio deste espaço, agradecer a Deus por seu infinito amor e misericórdia, assim como a Nossa Senhora da Conceição, por quem possuo devoção, que por intermédio da minha fé me sustentaram até aqui, dando forças para enfrentar cada desafio e sair mais forte a cada passo, abençoando esta jornada com diversas conquistas, minha imensurável gratidão.

Aos meus pais, Marinete e Manuel, por todo apoio incondicional, compreensão e renúncias, por acreditarem na minha capacidade, por torcerem e sofrerem junto comigo a cada passo, pelas orações, conselhos e, principalmente, por todo o suporte mesmo diante das situações difíceis.

À minha tia Vânia, que, junto à minha mãe, torce e sofre diante das minhas conquistas e fracassos, que ora por mim e está sempre ao meu lado, tendo me acolhido em um dos momentos mais difíceis da minha vida. Por isto e por tudo mais lhe sou eternamente grata.

À minha família, aos que estão aqui e aos que já partiram, em especial à minha avó Roza, que faleceu no início da Pandemia de Covid-19 e que para mim deixou o exemplo de mulher forte, batalhadora e determinada, tendo sido uma pessoa que não teve acesso à educação, mas que fez questão de que todos os filhos estudassem, reconhecendo o valor do ensino.

A professora Ana Clara, pelas ideias, dedicação e excelente condução no desenvolvimento deste trabalho.

Ao meu querido e grande amigo Lucas Victor, que foi um grato presente que esta graduação me deu, com quem partilhei diversos momentos de alegria, tristeza, e fé durante esses cinco anos de curso, e que desde o primeiro contato em sala de aula foi referência de conduta, honradez, competência e amizade. Obrigada por ter me acolhido como sua amiga.

A Ednaldo pelo suporte com as correções e torcida na preparação deste trabalho.

A todos os meus amigos, em especial Marcella, Clara, Amanda, Wesla, Ricardo, Samila e João, com quem dividi momentos inesquecíveis ao longo destes anos de graduação e que deixam sua marca em minha vida, cada um com sua particularidade. Agradeço também aos amigos de longa data e que foram de extrema

importância nesses últimos anos, com destaque a Ester, Nadeje, Rosangela e Adriano.

Por fim, a todos que participaram direta ou indiretamente, mas que fizeram este momento ser possível em minha vida: muito obrigada!

RESUMO

Este trabalho teve por finalidade analisar os limites do Direito a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, tomando por objeto de estudo a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2015, na decisão cautelar na ADPF 347, na qual foram deferidos três dentre os oito pedidos requeridos. Por meio deste estudo, foi feita uma análise crítica sobre o sentido do ECI e se realmente há um Estado de Coisas ou um Estado de Illegalidade Difusa. Para Luhmann, uma decisão se traduz em observação e se constitui através de distinções entre o sistema e o ambiente, apresentando-se como expectativas de futuro a partir do código do Direito. Para explicar o pensamento luhmanniano e os limites operacionais do sistema jurídico, foi usado o método dedutivo para analisar as diversas fontes e premissas que tratam sobre o tema, tendo empregado procedimento monográfico, argumentativo e utilizado das técnicas da documentação indireta para apresentar os conceitos basilares da teoria dos sistemas e como estes se relacionam na estrutura da decisão judicial, seus paradoxos e a argumentação empregada para validar a interferência do STF em campo destinado à Política. Por fim, a título de conclusão, pôde ser constatado que o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional foi uma estratégia utilizada pelo Supremo para eximir-se de suas responsabilidades, atuando fora de seus limites operativos do sistema jurídico e se promovendo como o Poder capaz de solucionar o problema.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Teoria dos Sistemas. Decisão Judicial.

RESUMEN

Este trabajo tuvo como objetivo analizar los límites del derecho a partir de la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann, buscando como objeto de estudio la declaración de Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) pronunciada por el Supremo Tribunal Federal (STF), en 2015, en la medida cautelar de la ADPF 347, en la cual se concedieron tres de las ocho solicitudes. A través de este estudio fue hecha una análisis crítica sobre el significado de la ICE y si realmente existe un Estado de Cosas en un Estado de Illegalidad Difusa. Para Luhmann, una decisión se traduce en observación y se constituye a través de distinciones entre el sistema y el entorno, presentándose como expectativas de futuro basadas en el código de derecho. Para explicar el pensamiento luhmanniano y los límites operativos del ordenamiento jurídico se utilizó el método deductivo para analizar las diferentes fuentes y premisas que tratan el tema, tenido utilizado un procedimiento monográfico, argumentativo y utilizando las técnicas de la documentación indirecta para presentar los fundamentos conceptos de la teoría de sistemas y cómo se relacionan en la estructura de la decisión judicial, sus paradojas y la argumentación utilizados para validar la interferencia del STF en un campo destinado a la política. Finalmente, como conclusión, se pudo apreciar que el reconocimiento de un Estado de Cosas Inconstitucional fue una estrategia utilizada por la Corte Suprema para eximirse de sus responsabilidades, actuando fuera de sus límites operativos del ordenamiento jurídico y promoviéndose como el Poder capaz para resolver el problema.

Palabras clave: Estado de cosas inconstitucional (ECI). Teoría de Sistemas. Decisión judicial.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI)	12
2.1 O QUE SIGNIFICA O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL?	12
2.2 ADPF 347/DF E O ECI NO BRASIL	14
2.3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ECI COMO ATIVISMO JUDICIAL	17
3 DIREITO NA TEORIA SISTÊMICA LUHMANNIANA	21
3.1 A RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA SOCIAL E O AMBIENTE	21
3.2 AUTOPOIESE	23
3.3 COMPLEXIDADE	24
3.4 DUPLA CONTINGÊNCIA E COMUNICAÇÃO	25
3.5 SISTEMA JURÍDICO	26
3.6 RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA JURÍDICO E O SISTEMA POLÍTICO	29
4. DECISÃO JUDICIAL E OS LIMITES FUNCIONAIS DO DIREITO	32
4.1 COMUNICAÇÃO JURÍDICA, OS PARADOXOS DA DECISÃO E A ESTRUTURA ARGUMENTATIVA	33
4.2 ANÁLISE DA DECISÃO QUE DECRETOU O ECI (ADPF 347) A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS	35
4.2.1 Corrupção sistêmica: ADPF 347 e os limites jurídicos da decisão jurídica	38
4.2.2 Estratégia argumentativa utilizada para validar o Estado de Coisas Inconstitucional	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

A violação aos direitos dos presos e o superencarceramento no Brasil são fatos evidentes desde o fim da década de 1980. Assim, em 1988, na época da promulgação da Constituição Federal, as dificuldades do sistema prisional já eram sabidas pelas autoridades públicas.

A partir da década de 1980, diversos movimentos constitucionais começaram a atuar em esforço para reconstrução da democracia, criando expectativas sobre o futuro. Entretanto, essas expectativas vieram a ser frustradas diante da impossibilidade de realização do futuro planejado, e a resposta a esse fracasso foi a utilização do direito como instrumento de transformação social. Prática esta que reforçou a ideia do ativismo judicial como solução dos problemas estruturais.

Neste ínterim, frente à ineficácia da atuação política e do protagonismo do judiciário perante um cenário tão caótico, advindo de questões históricas, sociais, políticas e culturais, os problemas da população carcerária foram tratados como emergência e urgência no julgamento da medida cautelar por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), em que a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional surge na Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, outorgando poderes à Suprema Corte do país para corrigir essas situações de violações sistemáticas aos direitos fundamentais. No Brasil, a decisão foi fundamentada em análises estatísticas, sociológicas e históricas com o fim de demonstrar as “causas estruturais” que geraram o caos, uma vez que essas falhas não teriam como ter decorrido de um único agente, órgão ou ente, mas, sim, de incontáveis atos externos ao sistema jurídico.

Apesar das ponderações do STF e da Corte Colombiana, um dos principais argumentos para reconhecer o ECI e legitimar a intervenção do Direito em campo privativo da Política é que esta não teria sido capaz de dar respostas eficientes para tratar problemas de sua competência. No entanto, essa interferência ocasionou grandes discussões a respeito do papel do Poder Judiciário e dos limites de sua atuação.

Dentre os diversos debates, os autores que se apresentam contra a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional usam argumentações baseadas na teoria dos sistemas de Luhmann, que, sob sua ótica, sociedade é um sistema amplo e que tem como código de operação a comunicação, porém, dentro do sistema social existem subsistemas, onde cada um opera com um código específico e possui limites de atuação.

Luhmann apresenta a teoria dos sistemas como um método de organizar o caos no mundo. Nela, os sistemas atuam com uma comunicação especializada, são autorreferenciais, organizados e reproduzem seus elementos de modo circular, a fim de atender uma demanda específica. Dentre esses sistemas está o Jurídico, que opera com o Código direito/não direito para tratar os litígios que são levados ao seu conhecimento. Entretanto, quando o sistema atua fora de seus limites, comunicando através do código de outro sistema, existe uma corrupção do código e, consequentemente, a manutenção do caos.

Perante o exposto, a justificativa para a escolha do tema advém de experiência da autora com a advocacia criminal e contato com a realidade daqueles que estão submetidos ao cárcere. Diante disso, surgiram diversos questionamentos em virtude da situação conflitante entre o que acontece dentro dos presídios e o que determina a legislação a respeito da responsabilidade de cada Poder. Além de que as leituras efetuadas despertaram o interesse a respeito da argumentação utilizada pelo Judiciário para caracterizar um Estado de Coisas Inconstitucional e sua legitimidade para intervenção.

Assim, o trabalho tenta responder o seguinte problema: O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Poder Judiciário brasileiro ultrapassa seus limites de poder à luz da teoria dos sistemas? Existe de fato um ECI?

No intuito de responder o questionamento levantado, a metodologia aplicada no presente estudo foi construída a partir do método dedutivo, empregando como técnica de coleta pesquisas teóricas e bibliográficas, realizadas mediante livros, artigos científicos, decisões judiciais e textos já publicados que tratem sobre o tema, chegou-se a conclusões particulares de natureza qualitativa.

Utilizando-se do raciocínio analítico, o presente trabalho tem como objetivo geral demonstrar como a intervenção do Poder Judiciário, pelo reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, ultrapassa os limites de sua esfera de poder a partir da matriz sistêmica de Niklas Luhmann.

Para atender este objetivo, será analisado neste trabalho o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Poder Judiciário, através de uma análise crítica da argumentação utilizada na decisão cautelar da ADPF 347, tomando por base os conceitos basilares da matriz da teoria sistêmica de Luhmann, a fim de examinar se existe de fato um estado de coisas e como a decisão judicial que reconheceu o ECI ultrapassa os limites do sistema jurídico.

Buscando desenvolver a temática de maneira comprehensível, o trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo visa apresentar o Estado de Coisas Inconstitucional, abordando um pouco sobre o que significa o ECI, seu surgimento na América Latina e aplicação no Brasil, bem como a linguagem ativista empregada pelo judiciário no reconhecimento de um Estado de Coisas.

No segundo capítulo, foi abordada a aplicação do Direito a partir do pensamento luhmanniano, sendo apresentados os conceitos essenciais da teoria dos sistemas, explanando sobre a relação entre os sistemas e o ambiente, o que é a autopoiese, a complexidade, a dupla contingência e a comunicação na matriz sistêmica, assim como o funcionamento do sistema jurídico e sua relação com o sistema político.

Por fim, o terceiro e último capítulo faz uma relação entre as decisões judiciais e os limites do Direito, discutindo como são aplicados os conceitos basilares da matriz sistêmica na decisão judicial, qual o sentido da comunicação jurídica e os paradoxos da decisão, assim como faz uma análise da decisão que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional, demonstrando a corrupção do código do direito e a estratégia argumentativa utilizada pelo Supremo na ADPF 347 para o Estado de Coisas, quando o que se verifica é que não há um.

2 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI)

2.1 O QUE SIGNIFICA O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL?

A construção da figura do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), nos países da América Latina, encontra explicação no século XX, período durante o qual esses países vivenciaram experiências de ditaduras rigorosas e, posteriormente, ensejaram movimentos que buscavam a restauração da democracia.

Entre as décadas de 1980 e 1990, houve diversos movimentos constitucionais em esforço para reconstrução da democracia, a qual se deu por meio de uma nova estruturação do constitucionalismo político, que reformulou requisitos políticos e jurídicos quanto à diferenciação social, possibilitando, por sua vez, uma maior chance para o reconhecimento dos direitos sociais e, assim, criando expectativas sobre o futuro dessa nova democracia.

Todavia, diante da impossibilidade de realização do futuro planejado, houve uma frustração institucional, e a resposta a esse fracasso se deu por meio de práticas judiciais de legitimação do direito como instrumento de transformação social, reforçando a ideia do ativismo judicial como solução dos problemas estruturais.

Diante da ineficácia da atuação política e do protagonismo do judiciário surge o ECI. Este instrumento surgiu na América Latina, sendo reconhecido pela primeira vez na Corte Constitucional da Colômbia (CCC), em 1997, frente às diversas violações aos direitos fundamentais e dificuldades para efetivação dos direitos constitucionais.

Dentre os principais argumentos utilizados para fundamentar o surgimento do ECI, destaca-se a necessidade de intervenção do Direito em uma área destinada como privativa da Política, que, por sua vez, não foi eficiente nas suas respostas ao tratar os problemas de sua competência.

Nesse contexto, a Corte Constitucional da Colômbia na sentença nº SU-559/97 (que debateu sobre a distribuição dos educadores, de recursos orçamentários relativos à educação e problemas previdenciários específicos) e posteriormente na decisão T-153/98 (que discutiu o problema da superlotação e das condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín) declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional.

Quando a Corte Constitucional Colombiana concebeu o estado de coisas na SU-559/97 ela tomou para si o dever 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”.

Segundo Campos (2015), quando a corte declara o ECI, é necessária a existência de três pressupostos comuns: a constatação de um quadro insuportável de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta um vasto número de pessoas, em especial um grupo de vulneráveis; uma “falha estatal estrutural”, ocasionada pela falta de gerenciamento entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais das diversas autoridades públicas, provocando tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; e a necessidade da decretação de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas, sim, a uma pluralidade destes, para que essas violações possam ser superadas.

Numa análise mais detalhada, o primeiro pressuposto trata de uma violação no sentido *lato sensu*, por ser ampla, porém, que afeta uma parcela da população, não devendo-se considerar que tal situação jurídica seja *erga omnes*.

Já o segundo pressuposto versa sobre uma falha estrutural que advém de uma inéria das autoridades públicas na efetivação dos direitos constitucionais, não é apenas uma simples ausência do Estado no cumprimento de suas obrigações, mas, sim, a perpetuação do problema diante da transgressão da ordem jurídica.

Enquanto o terceiro pressuposto alude às medidas necessárias para superação desse estado de inconstitucionalidade, que deverá ocorrer por meio de ações conjuntas dos poderes e autoridades públicas que no passado foram violadores de direitos.

Assim, quando se reconhece um estado de coisas, não há a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, como é próprio do Controle de Constitucionalidade, mas a manifestação de uma condição violadora da Constituição que resiste ao tempo.

Nesse sentido, Vasconcelos (2017) afirma que o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional é uma construção conceitual que se apresenta como uma nova modalidade de tutela e “garantia” dos direitos fundamentais, ou seja, é um mecanismo ou uma técnica jurídica de origem jurisprudencial, concebido pelas Cortes Constitucionais como meio de sanar um conjunto de violações aos direitos constitucionais de um grupo específico de pessoas vulneráveis, ocasionado por atos

comissivos ou omissivos das autoridades públicas que geraram uma falha estrutural que não pode ser atribuída, exclusivamente, a um só órgão ou agente estatal.

2.2 ADPF 347/DF E O ECI NO BRASIL

Apesar do ECI ter sua origem na Colômbia, este não foi o único país a reconhecer esse instituto do Constitucionalismo Contemporâneo. No Brasil, em meados de 2015, diante do quadro crítico que ocorre no sistema prisional e utilizando-se da tese colombiana para questionar o estágio atual do sistema carcerário brasileiro, o tema foi proposto em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 MC/DF, a qual o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) apresentou ao Supremo Tribunal Federal (STF) para que fosse reconhecido o ECI.

Os encarcerados no Brasil têm previsão de garantia de suas integridades físicas e morais em diversas legislações, tanto nacionais, como na Constituição Federal, de 1988, e na Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), quanto internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que já tratava de respeito à dignidade humana contra a efetuação de prisões arbitrárias e contra as práticas de tortura; as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela), de 1955, que foram modificadas em 2015 e aplicadas pelo CNJ a fim de enfrentar a negligência estatal; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José; e tantas outras.

No entanto, quando se deixa de analisar o que está determinado no papel e passa-se a olhar para a realidade, é possível verificar que diversas dessas normas são feridas ao não serem aplicadas ou ao serem violadas em seu exercício. O sistema carcerário brasileiro enfrenta inúmeros problemas, dentre os quais destaca-se a superlotação dos presídios, conforme dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que tem como fator colaborador o aumento de contingente de presos provisórios encarcerados.

A prisão preventiva é medida excepcional e extrema que só deve ser adotada diante de situações em que nenhuma outra medida cautelar seja suficiente, e não realizada de forma arbitrária, posto que, ao decretar uma prisão cautelar sem observar os seus pressupostos legais, pode ocorrer a antecipação da pena do preso provisório

e a violação do princípio da presunção de inocência, haja vista que o encausuramento provisório, por vezes, é mais prejudicial do que a própria pena do condenado, dado que esta, por muitas vezes, não o leva à prisão.

Nesse contexto, cumpre frisar que a excepcionalidade da prisão preventiva não é de entendimento unânime pelos Tribunais, sendo por muitos utilizada como regra, e essa resistência acarreta grave violação à efetividade dos direitos fundamentais e descumprimento das garantias constitucionais, comprometendo a legitimidade do Estado Democrático de Direito.

Como adverte o ex-Ministro do STF Marco Aurélio, no relatório da ADF nº 347, vivemos uma cultura de encarceramento, e a omissão das autoridades públicas (executiva, legislativa e judiciária) diante das violações massivas aos direitos fundamentais e garantias constitucionais às quais a população prisional está submetida é algo que decorre de longa data e que não pode ser atribuído a um único culpado.

Na petição inicial da ADPF nº 347, Sarmento (2015) afirma que esse quadro de violações é de amplo conhecimento das autoridades públicas e da sociedade, posto que em 2008 foi publicado o relatório final da CPI do Sistema Carcerário, promovida pela Câmara dos Deputados.

No entanto, por ser um tema estigmatizado e impopular, bem como pelo fato de os presos terem seus direitos políticos suspensos até o cumprimento de suas penas (não sendo necessário aos políticos conquistar esses votos), o poder político ignora a situação da população prisional.

Diante de um cenário tão caótico, advindo de questões históricas, sociais, políticas e culturais, particulares da vida moderna, bem como da celeuma de materialização de aplicabilidade da norma constitucional e consequentemente dos direitos fundamentais nela firmados, surge a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

A ADPF nº 347 pleiteou a qualificação de inconstitucionalidade do “estado de fato” como meio para determinação de medidas concretas e suficientes à solução de “litígio estrutural”. A petição que tratou sobre o assunto apontou relevantes considerações a respeito da trágica situação dos presídios nacionais, em incontestável violação aos preceitos fundamentais da Constituição, bem como requereu a adoção de medidas efetivas para o enfrentamento da questão, haja vista que o Estado tem o dever de preservar a dignidade daqueles que encontram-se sob

a sua guarda, não por essas pessoas estarem ali na condição de presos, mas por serem seres humanos, que, apesar de terem cometido delitos, devem ter seus direitos resguardados.

A exordial pediu para que o STF deferisse, antecipadamente em sede liminar, oito ordens com vistas a atenuar ou mesmo resolver a situação, as quais foram:

I) Que o STF ordenasse aos juízes e tribunais:

- a) quando forem decretar ou manter prisões provisórias, fundamentem essa decisão dizendo expressamente o motivo pelo qual estão aplicando a prisão e não uma das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP;
- b) implementem, no prazo máximo de 90 dias, as audiências de custódia;
- c) quando forem impor cautelares penais, aplicar pena ou decidir algo na execução penal, levem em consideração, de forma expressa e fundamentada, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro;
- d) estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão;
- e) abrandar os requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando ficar demonstrado que as condições de cumprimento da pena estão, na prática, mais severas do que as previstas na lei em virtude do quadro do sistema carcerário; e
- f) abatam o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são, na prática, mais severas do que as previstas na lei. Isso seria uma forma de "compensar" o fato de o Poder Público estar cometendo um ilícito estatal.

II) Que o STF ordenasse que o CNJ:

- g) coordene um mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no País que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas "e" e "f" acima expostas.

III) Que o STF ordenasse que à União:

- h) libere, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

O Supremo Tribunal Federal ainda não julgou definitivamente o mérito da ADPF, mas já apreciou parcialmente por meio da concessão de liminar os oito pedidos realizados e decidiu determinar a adoção de apenas três medidas, quais sejam: a realização de audiências de custódia (pelo judiciário); a liberação das verbas do Fundo Penitenciário - FUNPEN (pelo Poder Executivo federal); e a obrigação de apresentar informações pelo Estado de São Paulo.

Deve-se destacar que as medidas adotadas na decisão não decorrem de uma violação jurídica específica ou de um ato ou agente responsável por tal situação. Giorgi e Vasconcelos (2018) afirmam que se faz nítida uma frustração institucional, advinda de uma impotência de agir diante daquilo que se afigurou como um estado de coisas.

Não obstante, percebe-se que a decisão proferida também se apresenta como uma expectativa de mudança da realidade a partir do direito, promovendo uma correção na trajetória com o fito de atingir um futuro planejado, uma vez que as decisões tomadas não poderão ter outro caminho a não ser o já esperado, passando a funcionar como um meio eficaz para atingir um fim certo, no seu esquema de autojustificação.

Importa observar que nessa decisão o STF tornou evidente que produz direito, exclusivamente, a partir das suas decisões, uma vez que a decretação do ECI nasceu da necessidade de decidir e de decidir com justiça as causas que são levadas ao Judiciário, dado que tanto a Corte Constitucional Colombiana quanto o Supremo Tribunal Federal não analisaram se eram competentes para prover uma decisão capaz de enfrentar os problemas.

Apesar das ponderações do STF e da Corte Colombiana, o principal argumento para reconhecer o ECI e legitimar a intervenção do Direito em campo privativo da Política é que esta não teria sido capaz de dar respostas eficientes para tratar problemas de sua competência. No entanto, essa interferência ocasionou grandes discussões a respeito do papel do Poder Judiciário e dos limites de sua atuação.

2.3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ECI COMO ATIVISMO JUDICIAL

A atuação dos tribunais constitucionais vem atravessando da Política para o Direito, esperando que através do Direito se operacionalize uma transformação social,

o que está gerando um protagonismo do judiciário que se manifesta na forma de ativismo judicial. Conforme dispõe Barroso (2012, p. 24), “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político”.

Dentre as diversas críticas à decretação do Estado de Coisas Inconstitucional, as mais frequentes são aquelas atinentes ao ativismo judicial e à violação à separação dos poderes, porém, antes de adentrarmos mais no tema é preciso entender a diferença entre ativismo judicial e judicialização.

A judicialização trata de questões de larga repercussão política ou social que são levadas ao crivo do Poder Judiciário, e não das instâncias políticas tradicionais. Ela contempla uma transferência de poder para juízes e tribunais, no entanto, esse transpasse decorre do modelo constitucional implementado no país e não de um exercício deliberado de vontade política.

Barroso (2012) afirma que há três grandes causas para a judicialização: a primeira foi a redemocratização, que aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira e fortaleceu o Poder Judiciário; a segunda causa foi a constitucionalização abrangente, uma vez que abarcou matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, transformando assim uma matéria política em Direito, sujeita a uma pretensão jurídica; e, por fim, a terceira causa da judicialização seria o controle de constitucionalidade implantado no Brasil, que por ser híbrido (possuindo aspectos tanto do modelo americano quanto europeu) permite que o juiz ou tribunal deixe de aplicar uma lei no caso concreto quando entender ser inconstitucional, bem como autoriza que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao crivo do STF. Tudo isso, somado ao amplo direito de propositura da ação, permite que, praticamente, qualquer questão política ou moralmente relevante possa ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

Diferente da judicialização, que, diante do modelo constitucional adotado, limita-se a desempenhar o seu papel independentemente de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Suprema Corte Constitucional, o ativismo judicial decorre de uma vontade, ou seja, é dada uma interpretação à Constituição que vai além do sentido e do alcance estabelecidos pelo legislador.

O ativismo judicial tem sua origem nas jurisprudências norte-americanas, ele decorre de uma atuação mais ampla, intensa e proativa do Judiciário na aplicação das normas constitucionais que promove uma interferência no espaço de atuação dos

Poderes Legislativo e Executivo, dado que, em nome da Constituição, as decisões prolatadas visam suprir omissões e, por vezes, inovar na ordem jurídica.

Ressalte-se que, segundo Barroso (2012), dentre as diferentes condutas de uma postura ativista, vale destacar a aplicação da Constituição em situações não contempladas pelo legislador ordinário e, portanto, não expressa em seu texto; a utilização de critérios menos rígidos que os estabelecidos na CF para declarar a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador; e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público em matéria de políticas públicas.

Deste modo, quando o Judiciário manifesta entendimento no sentido de um Estado de Coisas Inconstitucional, passa a existir uma tese de matéria aditiva ou criativa figurando como ativismo judicial, ou seja, atuando para além da sua função originária, uma vez que invade as competências do poder legislativo, promovendo a supressão direta da matéria política que seria ali debatida através do mecanismo constitucional originário.

A ECI utiliza-se de linguagem e argumentação próprias do ativismo, contudo, é mais profundo do que isso, haja vista que, de acordo com Vasconcelos (2017, p. 297), o sistema jurídico por meio de seus tribunais apresenta-se como uma solução para as frustrações institucionais, “tratando demandas para as quais é estrutural e funcionalmente incompetente”.

No mais, o mecanismo do controle realizado se distingue muito do controle de constitucionalidade, uma vez que o objeto deste são normas jurídicas, e não a realidade empírica sobre a qual as normas recaem, assim, quando o STF evoca o ECI, ele não está realizando a qualificação jurídica de leis ou normas como inconstitucionais, mas, sim, de um estado de fato, pondo à prova a legitimidade da atuação judicial, pois as Cortes passam a assumir papéis típicos de agentes políticos.

Em texto apresentado ao jornal Estadão, De Giorgi, Faria e Campilongo (2015) alegam que “invocar o ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina”, isso porque se existe uma norma prevendo tais direitos, mas as violações aos direitos fundamentais apresentadas no estado de fato decorrem de uma ordem jurídica ineficaz, então “por que não decretar a inconstitucionalidade da Constituição?”

Não obstante, os autores supracitados ainda fazem os seguintes questionamentos: “O reconhecimento de um ECI é jurídico ou político? Que sanção

prevê? Persistindo a inércia, o que faz a Corte? Determina a prisão dos inertes? Mas que ilicitude praticaram? Omissão? Indenizarão aos prejudicados?"

Todavia, tais questionamentos ainda permanecem sem respostas, posto que a declaração do ECI diverge em muito de uma decisão vinculante no sistema jurídico, pois vai além do paradoxo das decisões fundar-se em si mesmas para produzir direito.

A criação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional é a expressão da crise existente no direito, não sendo apenas a relação entre jurisprudência/legislação, haja vista que para Vasconcelos (2017, p. 296), "se justifica a competência para decisão, segundo um direito produzido pelo próprio tribunal, indicando uma insuficiência dos outros sistemas para fazê-lo".

3 DIREITO NA TEORIA SISTÊMICA LUHMANNIANA

A teoria sistêmica é apresentada como método capaz de reduzir a complexidade do mundo, explicando a partir dela como a ordem pode nascer do caos, rompendo com os padrões conceituais estabilizados pelas ciências sociais. Ela procura explicar a sociedade como um sistema social. Entretanto, para que esse sistema funcione, faz-se necessária a atuação de diversos subsistemas - como política, economia, direito - que se subdividiram em outros subsistemas, acarretando um elevado grau de complexidade e abstração.

Em outras palavras, na visão de Luhmann, o mundo moderno é constituído por um conjunto de sistemas especializados de comunicação, no qual cada um busca atender uma demanda específica. Nessa perspectiva, sociedade é um conjunto de comunicação, e a comunicação jurídica é um dos tipos que desempenha uma função bastante específica.

Para entender a teoria sistêmica e como o direito funciona nesse contexto, o segundo capítulo tratará dos conceitos basilares da teoria do sistema, necessários à compreensão do pensamento luhmanniano, que serão utilizados por nós no último ponto para explicitar o Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido pelas Cortes Constitucionais.

3.1 A RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA SOCIAL E O AMBIENTE

A primeira premissa que merece destaque para compreender a matriz luhmanniana é a relação entre os sistemas e o ambiente, uma vez que o sistema se caracteriza a partir da diferença do que está no seu entorno, ou seja, o seu ambiente, e pelas operações internas de autorreprodução de seus elementos. Não existe sistema sem ambiente, no entanto, ele não se confunde com a realidade externa.

O autor identifica, de uma maneira geral, a existência de quatro tipos de sistemas no mundo: os não-vivos, os vivos, os psíquicos e os sociais. Para a formação da teoria sistêmica, apenas os três últimos influenciam na sua construção, dado que são autorreferenciais, enquadrando-se no conceito de sistemas autopoieticos.

Para fins deste trabalho, trataremos do sistema social, que é construído somente por comunicações. A sociedade é um grande sistema social, posto que, na

concepção de Luhmann, ela não é formada por homens e suas relações individuais, mas, sim, pelas diversas formas de comunicação.

Conforme relata Campilongo (2011), os homens não são a sociedade, mas, sim, o ambiente necessário e indispensável para ela. Isso não significa afirmar que o homem é conduzido pelo sistema, até porque a sua gama de possibilidades e complexidade é bem maior do que a conferida ao sistema.

Retorna-se, então, à ideia básica de distinção entre sistema e ambiente, isto é, tudo o que não pertence ao sistema se encontra na condição de seu ambiente. Portanto, quando o homem é deslocado para o ambiente, Luhmann encontra o meio de identificar qual operação interna confere unidade ao sistema, que no caso do sistema social é a comunicação e no caso do sistema jurídico é o direito (um tipo específico de comunicação).

De acordo com Campilongo (2011, p.69), “tudo que não é comunicação – por exemplo, a vida orgânica ou a consciência - pode ser observado pelo sistema social e transformado em tema da comunicação.” Nesse sentido, sociedade é comunicação e o sistema jurídico é uma forma especializada desse elemento, um sistema parcial.

Existem diversos sistemas parciais que integram o sistema social e eles funcionam simultaneamente, porém, cada um possui um código específico, um método único de reprodução das suas operações internas e sua abertura para se conectar com o ambiente. Segundo Campilongo (2011, p. 66), “um sistema processa e responde às demandas do ambiente com suas estruturas internas.”

Cada sistema possui estruturas, códigos operativos, funções e programas diferentes, e quando essas diferenças são ignoradas ocorre uma obstrução na diferenciação dos sistemas parciais, haja vista que perdem a capacidade de ativar os elementos de sua estrutura interna e de processar a complexidade social exposta pelo ambiente.

Portanto, reduzir o direito a uma forma específica de comunicação confere a ele um grau de operacionalidade único sobre a sua comunicação e a capacidade de ter organizações especializadas para fazer o sistema funcionar, como os tribunais.

A proposta de delimitação da comunicação jurídica demarca quais são os limites do sistema jurídico, não o isola, apenas permite que essa comunicação reduzida o operacionalize e defina suas estruturas e o seu ambiente.

3.2 AUTOPOIESE

A autopoiese nasceu de uma perspectiva biológica, criada pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. Nessa concepção, seu conceito se restringe à ideia de sistemas vivos e psíquicos, além de possuir alto grau de rigidez, posto que para haver conexão entre o sistema e o ambiente é necessário um observador externo, ou seja, um terceiro sistema é fundamental para reprodução autopoietica.

Luhmann considera os três sistemas que são relevantes para sua teoria: vivos (tratam das operações vitais), psíquicos (constituídos pela consciência) e sociais (compostos pela comunicação), como autopoieticos, autorreferentes e operacionalmente fechados.

Para matriz luhmanniana, considerar um sistema como autopoietico é ter em mente que ele é capaz de produzir sua própria estrutura e seus elementos constitutivos, não se confundindo com nenhum outro. Nenhum sistema pode atuar fora de seus limites. Luhmann (2016) define a autopoiese como mecanismo de construção do sistema se utiliza do fechamento autorreferencial para atingir seu propósito.

A autorreferência é a capacidade que os sistemas possuem de auto-observação, referindo-se simultaneamente a si mesmos mediante cada uma de suas operações e ao seu ambiente através de contato, permitindo que ocorra a interligação entre o funcionamento interno por meio do fechamento operacional e a abertura para com o ambiente, propiciando que a autopoiese seja influenciada pelos ruídos do seu entorno.

Para Campilongo (2011), o problema da operação dos sistemas fechados reside em identificar que tipo de operação interna permite ao sistema criar uma rede que seja capaz de autorreproduzir seus elementos, de identificar as informações autogeradas e que esteja apta a diferenciar suas necessidades internas dos problemas do ambiente.

O fechamento operacional é essencial para construção sistêmica. Afirmar que um sistema é fechado não significa dizer que o ambiente é ausente, mas, sim, que ele possui autonomia para se autogovernar e construir sua estrutura, identidade e unidade de diferença, possibilitando sua abertura ao exterior.

Ao redor do sistema, diversos ruídos do ambiente tentam interferir no seu funcionamento, mas isso não o torna aberto, posto que essas interferências só

passarão a integrar o sistema se, no processo de seleção, baseado em seus próprios critérios e códigos, for atribuída a elas a estrutura do próprio sistema. Em outras palavras, o sistema faz uso da heterorreferência, para aprender com o ambiente por meio da aplicação do seu código binário, o que é possível devido ao acoplamento estrutural.

O fechamento produz a unidade do sistema, que consente observar o seu entorno por meio de seus próprios elementos internos, permitindo-o reagir aos ruídos causados pelo ambiente com base em seu código. Nesse contexto, os sistemas diferentes da sociedade, como o sistema jurídico, podem ser considerados como um subsistema autopoietico, autorreferencial e operacionalmente fechado?

Segundo Campilongo (2011, p. 69), “um sistema é determinado pelas próprias operações”. Nesse sentido, Fonseca (2020) argumenta que o direito é um subsistema autorreferencial e autopoietico, uma vez que é produzido e reproduzido como elemento do sistema fechado, por meio da comunicação jurídica, utilizando-se de seu código binário (direito/não-direito) e aplicando as premissas dos programas condicionais de decisão. Portanto, produz suas próprias operações, elementos, estruturas e limites.

Para Fonseca (2020), a possibilidade de autorregulação é possível porque os subsistemas operam como parte da rede operacional da sociedade não se confundindo com esta, ou seja, sua autorreferência só acontece pela diferenciação do ambiente (heterorreferência), pois o meio é sempre mais complexo que o sistema. O sistema se especifica dentro de si mesmo, mantendo a autopoiesis e se distinguindo dos demais sistemas.

3.3 COMPLEXIDADE

Como já citado, o mundo moderno oferece uma gama de expectativas oferecidas pelo ambiente que está em constante mudança, porém, diante de tantas possibilidades vem a incerteza da previsibilidade de um futuro, pois o ambiente é multiforme, e é essa a complexidade exposta por Luhmann.

Quando o direito realiza uma projeção para o futuro, mesmo utilizando-se de mecanismos e técnicas que o oportunizem diminuir as variáveis, e prevê um possível

resultado, esse futuro estará sendo deslocado para um espaço incerto, e é neste ponto que começam os problemas das decisões judiciais.

O direito é um sistema de comunicação, especializado no tratamento de frustrações das expectativas jurídicas (infração a uma norma, um contrato, uma decisão judicial) que de alguma maneira estabelece, fixa e consolida a confiança nessa expectativa. Todavia, na intenção de alargar o alcance do sistema jurídico e fazer com que o direito possa muito, o resultado acaba gerando uma desilusão e retira os limites nos quais o direito poderia ser bastante poderoso, tendo em vista que foge da sua comunicação especial.

Quando Luhmann (2016) considera um sistema como autopoietico e afirma que ele é autorreferencial, fechado em si mesmo e que não pode atuar fora de seus limites, isso só existe devido à diferença com o meio.

Segundo Fonseca (2020), o sistema social é o ambiente do direito e suas operações se dão dentro da sociedade, mediante a comunicação jurídica. Assim, o direito funciona dentro do sistema social como um subsistema parcial, mas sem perder a autonomia sobre as suas operações. No mais, a autora afirma que, como o direito opera como observador do meio, é capaz de aprender com o seu ambiente em virtude de acoplamentos estruturais, que são aberturas cognitivas do sistema para com o ambiente quando surge uma ação que problematiza o código ilícito/lícito.

Assim, tem-se um sistema fechado dentro de outro que por intermédio do acoplamento estrutural vincula o sistema ao ambiente e permite a interação entre eles. Para Fonseca (2020, p. 102), “é por essa “interação” que o sistema busca reduzir a complexidade, aumentar a própria variedade de sentido e confirmar sua consistência.” E é essa adaptação do sistema com o seu meio que mantém o controle sobre as expectativas.

Essa interação proporciona que o sistema ressignifique seus elementos sem fugir à sua circularidade. No entanto, para que isso aconteça sem que ele se perca no caos das inúmeras expectativas que se apresentam, é necessário reduzir a complexidade do ambiente e a sua própria, selecionando os elementos que atuam como ruído e se diferenciando das demais comunicações.

3.4 DUPLA CONTINGÊNCIA E COMUNICAÇÃO

A dupla contingência é a expectativa sobre a expectativa. Quando uma lide é levada ao sistema jurídico e o juiz toma uma decisão, ele leva em consideração diversas consequências que suas escolhas poderão influenciar, no entanto, são tantas as possibilidades que é impossível prever todas e muito menos ter certeza sobre essa previsão. Entretanto, quando essa decisão é prolatada, ela visa atender uma expectativa jurídica, baseada no direito, e outra baseada no indivíduo, uma expectativa psíquica.

As mudanças no ambiente ocorrem de maneira feroz, aumentando consideravelmente sua complexidade em relação ao interior do sistema, e é preciso que o sistema “evolua” junto. Evolução, na perspectiva de Luhmann, não significa aperfeiçoamento, mas, sim, aumento de complexidade.

É preciso reduzir as possibilidades de expectativas a um limite aceitável para que os riscos de frustrações também sejam minimizados. No risco, diferentemente do perigo, há quem toma uma decisão e quem se submete à decisão, porém, ambos os lados projetam as consequências de suas ações, já o perigo é quando todos são destinatários de um processo que não se pode controlar nem ter expectativas.

Quando Luhmann trata dos subsistemas e de seus tipos especializados de comunicação, ele está estabelecendo limites operativos para sua atuação, para a partir daí estabelecer uma diferença com o ambiente, o que permite dar estabilidade a suas ações. Todavia, o processo de comunicação envolve uma troca de interesses e quando o sistema sai de seus limites ele frustra o seu próprio propósito.

No momento em que o juiz é obrigado a decidir, em virtude da proibição de denegação de justiça que é uma característica do sistema jurídico, é preciso medir suas consequências diante do risco que aquela decisão judicial tem, porém, reduzindo as possibilidades de futuro a uma gama que viabilize sua decisão, mantendo, assim, a operacionalidade do sistema jurídico e atendendo as expectativas do direito. Isso porque, se todas as expectativas de futuro forem levadas em conta, não se tem como decidir e o direito se transforma em algo que projeta outras expectativas (ideológica/econômica/política), mas que não são jurídicas.

3.5 SISTEMA JURÍDICO

No momento em que Luhmann afirma que cada sistema desempenha uma função distinta, ele tenta reduzir a vasta gama de possibilidades de comunicação a tipos específicos e, com isso, tem-se a racionalidade do sistema, que busca a estabilização das expectativas. Segundo Campilongo (2011), a “racionalidade do sistema” é uma forma de processar as variações e reduzir a complexidade de um mundo em constante mudança, aumentando a estabilidade no interior do sistema e lhe conferindo um grau de operacionalidade da sua própria forma.

No tocante ao sistema jurídico, quando o direito é reduzido a uma forma especializada de comunicação lhe é concedido um controle sobre a operação de seus elementos internos, o que lhe possibilita ter organizações especializadas na implementação de sua forma, ou seja, ter órgãos competentes para externar o seu código (direito/não-direito) e dispor sobre o que pertence e não pertence à sua comunicação.

Entretanto, não se pode limitar o direito apenas ao seu código binário, uma vez que, para responder às demandas que são levadas ao seu crivo, é preciso de referências externas à sua estrutura para que a sua atuação, por meio dos atos jurídicos, seja efetiva na solução do problema.

Campilongo (2011) relata que o direito promove a “generalização congruente de expectativas normativas”, que, de forma resumida e simplista, pode-se dizer que seria a imunização que o sistema apresenta às mudanças do ambiente, gerando segurança temporal, social e material às expectativas normativas, impedindo que desilusões afetem o sistema jurídico. Dessa forma, o direito permite criar expectativa sobre as suas normas, no entanto, não se trata de qualquer expectativa, mas, sim, aquela garantida pelo direito, mas frustrada pelos fatos, sob a perspectiva de que este ordenamento atenderá a demanda e existirá independentemente de eventos individuais, em virtude da segurança do sistema gerada pela congruência (temporal, social e material).

Segundo Fonseca (2020), para que o sistema jurídico opere com efetividade, o direito trabalha num sistema fechado que se diferencia do seu ambiente, mas que é capaz de aprender com ele devido ao acoplamento estrutural. Nesse sentido, o sistema é tido como autorreferencial e autopoiético, posto que se utiliza de um código específico (direito/não-direito) para legitimar a implementação de suas normas por meio de decisões que atendem os limites internos da estrutura diante de um quadro fático desconhecido, possibilitando a generalização de expectativas normativas, que

vabiliza a estabilização da segurança produzida internamente, por consequência das abstrações e diferença com o ambiente.

Não obstante, Campilongo (2011) afirma que, mesmo reconhecendo as referências externas, estas são tratadas como elementos da operação interna, uma vez que a diferença entre expectativas cognitivas e normativas possibilita ao sistema jurídico construir os elementos necessários para essa conexão, permitindo que em sua operacionalização funcione simultaneamente o modelo autorreferencial (jurisprudência dos conceitos) e heterorreferência (jurisprudência dos interesses), cabendo “ao sistema jurídico distinguir os interesses protegidos e os interesses repelidos pelo direito.” (p. 78).

Nesse contexto, a justiça deixa de ser vista como um consenso comum com referência a valores éticos, suprapositivos ou metajurídicos e passa a ser tratada como adequada ao processo decisório, uma vez que, através da estabilidade oferecida pela operação interna do sistema jurídico, reconhece as expectativas cognitivas como interesses tutelados ou não pelo direito, propondo soluções claras e justificadas à litigância.

Segundo Fonseca (2020), as expectativas normativas divergem das cognitivas no aspecto de que a primeira trabalha num cenário de antecipação dos conflitos futuros, projetando as possibilidades e se expondo ao risco de frustração, produzindo uma segurança artificial, já a segunda se adapta e aprende com a desilusão.

Portanto, quando um juiz profere uma decisão, ele está criando sentido através da diferença e não do consenso, ou seja, os programas normativos atribuem valor ao código binário do sistema jurídico e combinando as diferenças externas e internas conseguem decidir um problema do ambiente à luz do direito, daí a necessidade de fundamentar as decisões jurídicas com elementos internos.

Para clarificar, podemos explicar da seguinte forma: um sujeito leva ao crivo do judiciário uma questão de saúde, necessitando que uma cirurgia seja realizada com urgência, no entanto, ninguém espera que a decisão proferida pelo juiz a respeito da saúde vá dar saúde à pessoa, até porque uma coisa é o direito à saúde e outra bem distinta é a pessoa ter saúde ou ser saudável, ninguém espera que apenas a decisão do judiciário pela realização da cirurgia seja garantia suficiente para que essa pessoa volte a ser saudável. Certamente, são coisas semelhantes, pois tratam de saúde, mas não refletem a mesma situação. O direito garante direito, mas avançar ao ponto de promover saúde é algo que extrapola os seus limites.

De acordo com Fonseca (2020, p. 107), “o direito, por meio de suas estruturas, constrói sentido exclusivamente jurídico para servir de referência ao comportamento em sociedade”, logo, atende a sua função social que é manter as expectativas normativas.

É possível mudar o direito, mas essa alteração apenas pode ocorrer dentro de seus próprios limites. Campilongo (2011, p. 79) explica que “é o direito quem exerce o controle do direito por meio do direito”, daí, a partir dessa premissa, tem-se o paradoxo entre as referências externas e internas, sua dependência e independência.

O que possibilita essa dependência e independência nas relações é o fechamento operacional do sistema, pois apesar da dependência com o ambiente social, tendo uma responsabilidade com este no momento de tomar suas decisões, ele é independente nele mesmo, operando segundo seu próprio código (lícito/ilícito), promovendo construções jurisprudenciais, que não se limitam às indicações do legislador, mas sem ir além de suas fronteiras nessa interpretação.

Nesse diapasão, o que permite o fechamento operativo é a seletividade do código e a práxis judicial da proibição da denegação de justiça, *non liquet*, portanto, o juiz é obrigado a decidir mesmo diante de casos indeterminados, devendo minimizar as possíveis consequências que sua decisão pode gerar.

Toda a estrutura do sistema jurídico exige do juiz uma decisão, e por estar obrigado a decidir e decidir conforme a lei é que o sistema é operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto, pois o direito é dinâmico e precisa ser constantemente atualizado. Para Campilongo (2011, p. 82) “todo e qualquer tipo de comunicação voltada à diferença entre direito/não-direito integra o sistema jurídico.”

Ao comunicar uma norma jurídica através de uma decisão, o sistema opera a redução da complexidade do ambiente mediante a seletividade das possibilidades, buscando limitar as incertezas do futuro e oferecendo segurança jurídica, mas esta só é atingida quando se decide sobre o direito e não o direito. Em outras palavras, é decidir sobre o direito à educação, à saúde, ao transporte, e não sobre a educação, a saúde e o transporte em si, deve-se desconsiderar os fatores externos, uma vez que a relevância desses pressupostos já foi convertida no seu código binário.

3.6 RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA JURÍDICO E O SISTEMA POLÍTICO

Como qualquer sistema, o sistema político opera segundo seu próprio código, construindo, reproduzindo e delimitando sua estrutura e elementos, sendo também considerado como um sistema autopoético e operacionalmente fechado. Seu papel como sistema parcial da sociedade é tomar decisões coletivamente vinculantes e essa operação se dá através de seu código binário que se baseia na distinção entre governo/oposição.

Da mesma forma que o sistema jurídico, o sistema político mantém o fechamento operacional com o aumento da complexidade interna, e esta se dá com a redução da complexidade do ambiente, portanto, de forma paradoxal, existe uma estreita relação entre reduzir e manter a complexidade para que o sistema possa se autorreproduzir.

Segundo Campilongo (2011, p. 72), “redução da complexidade não se confunde com supressão da contingência ou com desdiferenciação do sistema”, posto que, quando o sistema político, diante das variações, realiza a seleção e estabilização das decisões coletivamente vinculadas, ele não está suprimindo possibilidades, mas apenas operando com base em sua própria estrutura, reduzindo a sua análise àquelas que se enquadram ao seu código, a fim de aumentar a complexidade interna.

Não obstante, Campilongo (2011) também afirma que a democracia é preceito fundamental para manutenção da complexidade, uma vez que de forma permanente reproduz as possibilidades de escolha, renovando os temas e suas expectativas sobre o futuro, o que permite a reversibilidade das decisões. Portanto, quando o sistema político toma uma decisão coletivamente vinculante, ele está governando a democracia numa conjuntura de múltiplas escolhas.

Para melhor entender o funcionamento do sistema político é preciso distinguir seu centro da periferia. O centro do sistema político é o Estado, onde são tomadas as decisões coletivamente vinculantes, ou seja, é nele que ocorrem a identificação e a organização das operações que permitem ao sistema proferir suas decisões. No entanto, é nas periferias, através das diversas organizações políticas, que acontece a parte mais complexa do sistema, haja vista que essas organizações viabilizam os debates, aumentando as expectativas internas. Assim, para que o sistema político consiga manter o fechamento, a diferenciação e o controle do ambiente, bem como se autorreproduzir, é preciso manter assimetria entre o centro e a periferia.

Deste modo, enquanto o sistema jurídico age com base em programas condicionais, a fim de atender as expectativas normativas específicas, baseadas em

regras e procedimentos para comunicar seu código (direito/não-direito) e atender sua função social, o sistema político, por sua vez, trabalha com a inclusão generalizada, o seu código (governo/oposição) possibilita que, de um modo geral, todas as comunicações que possam interferir nas decisões coletivamente vinculantes passem a integrar o sistema.

Mesmo diante da vinculação do sistema jurídico ao sistema político, eles não se confundem, haja vista que operam a seletividade do ambiente de maneira distinta. Segundo Campilongo (2011), o sistema político, por meio do seu fechamento, seleciona quais temas são passíveis de uma decisão judicial, através das mudanças que ocorrem na sociedade e da governabilidade da democracia, que com auxílio do Poder Legislativo vincula a política ao direito, sendo a partir dessa transformação que o código e os programas decisionais do sistema jurídico são ressignificados e alterados.

Dito de outro modo, o sistema político opera em grau de complexidade bem mais elevado do que o sistema jurídico, dado que este trabalha sobre uma comunicação já reduzida por aquele.

Diante do exposto, após a explicação dos conceitos basilares da teoria dos sistemas passamos a análise e aplicação desses conceitos ao Estado de Coisas Inconstitucional.

4. DECISÃO JUDICIAL E OS LIMITES FUNCIONAIS DO DIREITO

Luhmann objetiva explicar o sistema social de maneira ampla e apresenta sistemas autorreferenciais, organizados e que reproduzem seus elementos de modo circular. O grande questionamento é: se são sistemas fechados, como atender as demandas da sociedade e acompanhar as constantes mudanças do ambiente? A complexidade e a contingência são as chaves para compreender como essa circularidade funciona sem misturar-se com o meio.

Segundo Lima (2007, p.36): “a complexidade é a totalidade de eventos possíveis”. Na teoria dos sistemas, é a complexidade que trata da realidade das ações diante da vasta gama de possibilidades, ao passo que a função da contingência é reduzir essa complexidade. Nesse sentido, a contingência entende que o futuro é apenas uma previsão, uma vez que não é possível realizar um plano plenamente controlado, livre de incertezas e com a garantia de sua realização.

Essa redução da complexidade só é possível em virtude da diferença de comunicação entre os sistemas, haja vista que cada um apresenta seu próprio código. Quando se fala em futuro, não há certeza, mas apenas projeções de expectativas diante da incerteza do que está por vir. Para Lima (2007, p.38): “a imprevisibilidade é a principal característica da sociedade atual, portanto é inegável a complexidade das operações sociais.”

Deste modo, um sistema precisa do outro, o direito precisa da política e da economia, sendo a recíproca verdadeira. Como já mencionado, os subsistemas possuem comunicações próprias e dentro de um dado evento cada um atuará de maneira distinta. Conforme expõe Campilongo (2011), é graças à comunicação diferenciada que os subsistemas conseguem ter fechamento operacional e unidade.

Todavia, isso não significa isolamento, existem ligações entre os sistemas. As operações apenas serão executadas de maneira independente e em seu interior, porém essa informação precisa ser repassada para o ambiente. E isso ocorre por meio do acoplamento estrutural, que permite ao sistema ser operacionalmente fechado e cognitivamente aberto.

Não existe um sistema autorreferencial que seja totalmente fechado. O acoplamento estrutural permite a comunicação com os outros sistemas, que se dá através de ligações entre as suas estruturas, o que promove uma adaptação ao novo

ambiente. O acoplamento estrutural possibilita que os sistemas se liguem para que ocorra a troca de informações.

Assim, o que existe é uma irritação advinda da complexidade de alternativas, que será reduzida e criada uma nova comunicação, na qual cada sistema só absorverá aquilo que enquadra-se no seu código binário. Em suma, o acoplamento permite que o sistema se abra cognitivamente para jogar a informação no ambiente e absorver aquelas que podem ser operadas pelo seu código, mas se feche para realizar sua operação.

Nesse sentido, quando um juiz proleta uma decisão, ele está analisando uma situação que entrou no seu sistema pelas ligações existentes no acoplamento estrutural e fazendo uma relação entre a complexidade e a contingência por base em seu próprio código, ou seja, ele faz uma seleção forçada diante do risco de frustração e pode introduzir algo novo à sua clausura operativa.

A decisão é uma das ferramentas utilizadas para produzir o direito, e sua concepção está geralmente associada a escolha. Entretanto, na visão luhmanniana, a decisão é a interpretação da observação através das diferenças, isto é, o juiz não escolhe uma das possibilidades, ele realiza uma observação sobre as alternativas possíveis e indica seu julgamento dentro do que o sistema concebe como lícito/ilícito.

Segundo Ferreira (2015, p. 224), “só a alternativa faz da decisão uma decisão”, não obstante, também afirma que, “na doutrina luhmanniana, não existe uma única solução correta para as decisões, mas soluções satisfatórias” aos riscos “previstos” e admitidos por aqueles que integram a operação.

4.1 COMUNICAÇÃO JURÍDICA, OS PARADOXOS DA DECISÃO E A ESTRUTURA ARGUMENTATIVA

Conforme expõe Lima (2007), a comunicação, a evolução e os sistemas são as três dimensões que formam a teoria sistêmica. A comunicação por entender-se que as operações buscam apenas comunicar e não agir; a evolução no sentido de selecionar as variações e produzir a estabilização, dando ordem social ao sistema; e os sistemas que são abordados como um conjunto integrado de conceitos com o objetivo de teorizar a sociedade e identificar qual é a operação da sua autopoiesis.

Na visão de Luhmann (2016), decisão é comunicação, mesmo que tenha se construído a partir de observações. A estrutura da comunicação envolve a informação, o ato de comunicar e a compreensão. Lima (2007) explica que a informação não é algo já pronto para ser repassado, mas é fruto da seleção operada pelo sistema e, portanto, comunica algo novo, senão apenas seria a repetição de algo já existente, perdendo o seu valor comunicativo. Já o comportamento comunicativo é a maneira que se utiliza para comunicar. E a compreensão é como essa mensagem é assimilada por quem a recebe.

Sob a ótica da teoria dos sistemas, comunicar não é somente transmitir informações, uma vez que a mensagem transmitida pode não ser a mesma recebida, haja vista que o que ocorre é uma operação de seleções, na qual cada sistema realiza uma seleção específica e propõe uma solução para o problema específico. Segundo Lima (2007, p. 51), “quem determina qual é a operação determinante dos sistemas parciais é a respectiva comunicação”.

Nesse sentido, o sistema jurídico só seleciona e comunica aquilo que enquadra-se dentro da sua comunicação pelo lícito/ilícito, e o mesmo acontece com o sistema político, só que sua especificidade ocorre dentro do que se concebe por governo/oposição. Assim sendo, para a teoria dos sistemas, cada forma de comunicação confere um sentido diferente a um mesmo evento, todavia, cada sistema atua com uma racionalidade distinta para decidir. Logo, toda comunicação que fizer referência à diferença entre direito e não direito fará parte do sistema jurídico.

Assim sendo, uma decisão jurídica não é apenas aquela tomada por quem assume essa função dentro do sistema jurídico, mas é qualquer decisão que utilize o código do direito como referência - normas, regulamentos, contratos - mesmo que não sejam tomadas dentro das organizações jurídicas tradicionais (tribunais). As decisões jurídicas podem simplesmente reproduzir decisões anteriores ou podem inovar.

Pereira e Simioni (2009), explicam que, para Luhmann, isso decorre da potencialidade de sentidos simultâneos gerados pelos sistemas, o que permite a uma organização ou sujeito mover-se entre os sistemas, mudando seu ponto de vista a partir da interação comunicativa que tenha com o código de um ou de outro.

A decisão jurídica está fundada na impossibilidade de decidir e no paradoxo de decidir e decidir de modo assertivo, indo além da reprodução de uma comunicação jurídica, uma vez que decide sempre sobre a condição de incerteza, interpretando

sobre aquilo que é observado e o que não é (as alternativas desprezadas), gerando um novo conteúdo e produzindo diferenças dentro do sistema.

Segundo Ferreira (2015, p. 225), “o paradoxo faz parte do processo decisório como condição de operacionalidade do próprio sistema jurídico”. O direito avança e se ressignifica à medida que mais ilicitudes são praticadas. O paradoxo do direito consiste na ligação entre licitude e ilicitude e o que comprehende sua diferença.

A diferenciação comunicativa resulta no paradoxo de contrapor ambos os lados, ou seja, o lícito só existe em virtude do ilícito, e, quando se argumentam os motivos que levaram a decidir daquele modo, ambos os lados devem ser apontados. Todavia, um observador não pode ver tudo, a realidade apresentada por intermédio da comunicação é apenas um ponto de vista.

Para Pereira e Simioni (2009), na visão da teoria dos sistemas, o problema não é como o juiz decide, e sim como o sistema jurídico produzirá a distinção dentro daquilo que ele mesmo já diferenciou, haja vista que diante do novo é preciso “inventar”, porém, tal criação deve utilizar-se de uma argumentação fundamentada e justificada pelo que se comprehende como direito e não direito. Isso porque, por mais que uma decisão seja inovadora, ela só será tida como referência para as próximas operações jurídicas se estiver dentro dos limites da estrutura do sistema jurídico.

Uma decisão judicial é fechada no que tange à sua referência operativa, cabendo-lhe apenas decidir sobre o código do direito, porém, é argumentativamente aberta a informações não abarcadas pelo direito. Entretanto, ao utilizar da argumentação para validar sua decisão e criar uma memória no sistema, é preciso considerar os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade.

Sob a ótica luhmanniana, esses limites foram desconsiderados na decisão cautelar da ADPF 347, ocasionando a ruptura do sistema do direito e promovendo um assombroso crescimento do Judiciário diante dos demais poderes, uma vez que verifica-se a interferência sob decisões de políticas públicas sem o amparo da Constituição.

4.2 ANÁLISE DA DECISÃO QUE DECRETOU O ECI (ADPF 347) A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS

O instituto do estado de coisas busca garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição, que sob um sentido formal são os “famigerados” Direitos Humanos, que se utilizam do princípio da dignidade da pessoa humana como norte para sua execução. Não obstante, além dos direitos fundamentais serem constitucionalmente protegidos como direitos individuais, também são recepcionados como um conjunto de valores básicos e diretrizes da atuação positiva do Estado. E é justamente essa relação que permite às Cortes Constitucionais buscarem medidas concretas para que esses direitos sejam efetivados na sociedade.

Nessa orientação, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), na ADPF 347, requereu que fosse reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional no tocante ao sistema prisional brasileiro e que fossem adotadas medidas estruturais, devido às graves violações sofridas pelos presos no que concerne aos seus preceitos fundamentais decorrentes das ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

No julgamento da Medida Cautelar da ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o meio utilizado para requerer a apreciação do judiciário estava correto, por considerar degradante a situação das penitenciárias no Brasil, bem como constatou a violação massiva e persistente aos direitos fundamentais, advinda de falhas estruturais decorrentes da ineficiência das políticas públicas e que para solucionar o presente caos são necessárias medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, enquadrando-se no instituto do estado de coisas.

Dentre os oito pedidos levados à Corte, três foram parcialmente deferidos. O primeiro foi a realização de audiências de custódia (pelo judiciário), obrigando os juízes e tribunais, com base nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, devendo o preso ser apresentado à autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

O segundo pedido tratou da liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN (pelo Poder Executivo federal), determinando que no prazo de 60 dias a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Por fim, o último pedido deferido em sede de cautelar foi a

obrigação de apresentar informações sobre a situação prisional pela União, Estados e em especial pelo Estado de São Paulo.

Na argumentação apresentada, como a violação foi perpetrada pelos três poderes, a solução também deve ser buscada em conjunto e não apenas por um único ente ou órgão. Nesse sentido, em parte do voto do Ministro Marco Aurélio, Relator do processo, ele argumentou que: “assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado – União, Estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes – como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade”.

Apesar de diversos autores terem uma visão positiva sobre a decisão que reconheceu o ECI, essa não é a perspectiva da teoria dos sistemas defendida por Luhmann, uma vez que o sistema jurídico deve decidir apenas sobre aquilo que pode ser convertido em seu código, ou seja, uma observação legalista do fato, não cabendo a ele decidir (criar expectativas) sobre códigos de outros sistemas.

No mais, conforme apresenta Vasconcelos (2017), os requisitos utilizados para que o Estado de Coisas Inconstitucional seja reconhecido não tratam de um fato externo e desconhecido pelo direito, que apresenta características violadoras dos direitos fundamentais e que precisa de uma intervenção jurídica para que possa ser solucionado. Trata-se na verdade de uma técnica de construção da realidade. Em suma, a função do direito é lidar com realidades particulares, no entanto, o ECI é uma construção das Cortes Constitucionais e pode ser aplicado a diversas situações violadoras existentes no ambiente.

Quando o Supremo reconhece o ECI na MC ADPF 347, ele está saindo de seu grupamento operacional e interferindo no da política, uma vez que ele não só impõe à administração pública a obrigação de fazer, mas, no momento em que determina que sejam apresentadas informações sobre a situação prisional pela União, Estados e em especial pelo Estado de São Paulo, ele se coloca como instituição competente para analisar e promover medidas coletivas, entretanto, não resolve o problema estrutural, posto que o sistema judiciário não é capaz de prover meios para que todas as unidades da Federação tenham condições de levantar e repassar esses dados. O sistema político é que pode proporcionar esses recursos.

Cabe às Organizações Políticas o papel de tomar decisões que vinculam a coletividade, possuindo em sua unidade o poder de fazer valer a sua decisão para toda a sociedade, enquanto a competência do judiciário seria a de analisar uma

situação fática e específica, decidindo orientado pela unidade do sistema entre conformidade ou desconformidade com o Direito.

Segundo De Giorgi e Vasconcelos (2018), o que se constata na decisão que reconheceu o estado de coisas é uma evidente frustração diante da impotência do agir, tendo em vista que as medidas adotadas pelo Supremo não possuem força para alterar esse “estado de coisas”. Quando o Supremo determina que sejam liberadas as verbas do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, ele não está decidindo algo novo, apenas determinando que se cumpra algo que já havia sido estabelecido.

Vasconcelos (2017) explana que, ao declarar o ECI, o Supremo evidenciou que produz direito a partir de suas decisões, sendo um meio para atingir um fim desejado. Isso decorre da tradição de sempre decidir, de dar uma prestação eficaz às iniquidades sociais apontadas, não tendo uma deliberação prévia se deveria decidir e se seria competente para propor uma solução apta a enfrentar todos os problemas estruturais apresentados.

Não obstante, o STF não realizou sua operação típica de controle de constitucionalidade, haja vista que não foi analisada uma lei ou ato normativo, mas um problema social, estrutural, resistente ao tempo e que não poderia ser atribuído a um culpado específico. O que se verificou é que existia uma frustração com a realidade, tendo em vista que, 27 anos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 e estabelecimento dos direitos fundamentais, não houve alteração da situação fática da população carcerária, haja vista que esta vive em condições sub-humanas.

O que se observa a partir da MC ADPF 347 é que as medidas adotadas não são suficientes para solucionar as violações generalizadas de direitos fundamentais, dado que o direito não tem competência funcional para resolver qualquer problema social. Assim, conforme Vasconcelos (2017, p. 295), “a declaração de ECI não tem condão de moldar ou alterar o futuro e nem mesmo de mensurá-lo”.

4.2.1 Corrupção sistêmica: ADPF 347 e os limites jurídicos da decisão jurídica

A teoria dos sistemas, proposta por Luhmann, analisa a sociedade como um todo, a fim de compreender o seu conjunto e as suas interligações. Os sistemas

parciais são construções comunicativas e é a comunicação que permite que as estruturas se reproduzam e a diferenciação sistêmica se efetive (o Direito só produz Direito).

A sociedade contemporânea apresenta cada vez mais sistemas altamente específicos, diferenciados e que desempenham funções singulares na estrutura social, distinguindo-se do ambiente por meio de sua comunicação própria. À medida que os sistemas se diferenciam do ambiente pela sua comunicação, é possível estabelecer limites, analisar o papel de cada sistema parcial nessa interação e permitir que cada um promova a própria alteração de sua estrutura interna.

Os sistemas sociais possuem organizações próprias, responsáveis por desempenhar a função central do sistema, no caso do direito são os tribunais que tomarão as decisões judiciais, já para a política as organizações responsáveis são o governo, os órgãos da administração pública e o legislativo, e para a economia tem-se os bancos centrais. As organizações centrais de cada sistema são as encarregadas de atualizar seus elementos. Todavia, quando uma dessas organizações decide com base em outro código que não aquele admitido em sua clausura operacional, ocorre a corrupção sistêmica.

No sistema jurídico, os tribunais possuem o papel de supervisionar a coerência das decisões jurídicas, sendo uma observação de segunda ordem, uma vez que já observou o direito (observação de primeira ordem). Porém, essa decisão deve conter, por meio de uma argumentação fundamentada, os motivos de optar por um lado ao invés do outro.

O código binário é um programa de distinção entre dois valores que se contrapõem, mas que estão relacionados, o que permite operar a seleção e conferir segurança ao sistema, haja vista que é por ele que se dá a comunicação e se estabelece a diferenciação funcional entre o sistema e o ambiente. A codificação binária possibilita a abertura do sistema, o que lhe confere uma infinidade de possibilidades, permitindo que escolha um em detrimento de outro e assim produza novos elementos.

Segundo Pereira e Simioni (2009), pode-se observar que qualquer decisão que faça uso da comunicação para tratar da diferença entre o que é lícito e ilícito está enquadrada como decisão jurídica, independentemente do lugar, porém, cabe apenas aos tribunais atualizar o primado funcional do direito. Por essa razão, quando as decisões competentes aos tribunais utilizam-se de outros códigos que não o do direito,

passa a existir um problema, uma vez que haverá uma decisão política, econômica ou qualquer outra, menos jurídica.

Diante das desigualdades sociais e da inércia política, o judiciário vem expandindo sua atuação no momento de dar uma resposta aos litígios sociais levados ao seu crivo, agindo de forma ativista, colocando-se como o sistema capaz de operar uma transformação na realidade da sociedade, dando uma interpretação diversa daquela instituída pelo legislador à Constituição e criando uma nova norma, a partir da introdução de novos elementos no subsistema jurídico.

Conforme explica Vasconcelos (2017), o ativismo tem como proposta trazer respostas diretas aos conflitos sociais que sejam capazes de ir além dos limites do direito, ignorando sua clausura operativa e atuando sobre outros sistemas, como o político e o econômico. Deste modo, a partir da teoria dos sistemas, depreende-se que o ativismo judicial apenas cancela a diferença existente entre Direito e Política, mas não é capaz de tratar dos conflitos profundos da sociedade.

Na perspectiva de Luhmann, a decisão é uma observação que se apresenta como um específico ponto de vista a respeito de algo. No entanto, quando essa decisão ultrapassa os limites do sistema, decidindo sobre situações que não são recepcionadas pelo seu código binário, ocorre uma corrupção do sistema. E é justamente isso que se verifica na decisão judicial que decretou o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil (ADPF 347).

Dentre as principais críticas à decretação do Estado de Coisas Inconstitucional está a invasão do Judiciário na competência Política (legislativa), indo além do controle de constitucionalidade - operação própria do direito - tendo em vista que ultrapassa a mera análise do constitucional/inconstitucional.

Para justificar essa atuação, o Supremo apresenta-se sob uma perspectiva ativista, e, dentre os principais argumentos utilizados pelos guardiões da Constituição, a necessidade de intervenção do direito em seara exclusiva da política se justifica por esta não ter sido capaz de promover soluções eficientes para os problemas que são de sua competência, necessitando da guarda do sistema jurídico.

Conforme argumentado na decisão cautelar, o ECI no Brasil resulta da omissão do Poder Público na implementação de medidas eficazes de ordem estrutural para que minimize a patologia constitucional provocada pela inércia do Estado que descumpre a Constituição Federal, que ofende a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República.

A decisão aduz ainda que, no momento em que o preso ingressa no sistema prisional, ele já sofre uma punição repudiada pela Constituição, uma vez que tem subtraídos direitos dos quais não pode dispor. Todavia, essa situação acontece por omissão estatal na adoção de providências que viabilizem a justa execução da pena, criando situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais.

Apesar de se considerar o direito como produto da política, são sistemas que não se confundem e devem ser separados. Conforme explana Campilongo (2011), costuma-se entender o direito como um instrumento para ação política, ou seja, um meio para atingir um fim, no qual a política fornece premissas decisionais e meios coercitivos para que o sistema jurídico faça cumprir sua decisão. Entretanto, a relação entre direito e política não deve ser vista como uma dependência, mas, sim, como um processo recíproco de inclusão e exclusão.

Em outras palavras, o que existe entre o direito e a política é o acoplamento estrutural, ele cria uma ponte que proporciona uma influência recíproca e permanente, o que gera uma irritação. Na ótica da teoria dos sistemas, a Constituição é a ligação entre o sistema político e jurídico, pois ela confere critérios internos da aplicação do código lícito/ilícito ao procedimento legislativo ocorrido no sistema político. Segundo De Giorgi (2015), a Constituição é um texto jurídico que trata, sob o prisma do direito, de problemas políticos, determinando os limites para atuação jurídica, posto que diverge da atuação política.

Destarte, apesar de os sistemas político e jurídico estarem acoplados, a comunicação da política possui uma preocupação genérica e abstrata, voltada para a tomada de decisões que vinculam a coletividade, enquanto a do sistema jurídico visa garantir expectativas de direitos, orientada a uma análise legalista. Entretanto, as decisões jurídicas não são firmadas apenas por normas positivadas, elas fundamentam-se sobre si mesmas, é a relação jurisprudência/legalização. Isso acontece quando o tribunal se utiliza de suas jurisprudências para validar uma decisão. Logo, os tribunais produzem direito quando decidem, criando o paradoxo da decisão.

O STF, por ser o guardião da Constituição, acaba atuando como órgão responsável pelo acoplamento entre direito e política, estando mais sujeito aos ruídos advindos do sistema político, por isso, o Tribunal deve operar de forma cautelosa ao exercer sua jurisdição, principalmente ao criar precedentes, para que ao decidir sobre temas políticos não decida politicamente.

Nessa perspectiva, quando o STF declara o ECI na ADPF 347, ele não está fazendo uma análise constitucional de uma norma ou preceito jurídico destinado a um caso, mas, sim, uma observação de um estado de fato como violador da Constituição, repleto de problemas estruturais da sociedade que não são abarcados em sua totalidade pelo direito, aplicando valores morais. Sendo assim, ele acaba tratando de códigos que não fazem parte de sua operação, ocasionando a corrupção do direito. Conforme aponta Vasconcelos (2017, p. 297), segundo Luhmann, “nenhum tribunal deve dar início a um juízo por si mesmo, ainda que as calamidades se incrementem ao seu redor”.

As normas positivadas são os limites das operações internas do sistema jurídico, uma vez que o subsistema interpreta o direito, às informações externas do ambiente e selecionam o que é e o que não é direito, para serem incorporadas por ele. Quando as decisões judiciais são tomadas com base em código de outros subsistemas, configura-se o processo conhecido como ativismo judicial. E é sob essa perspectiva que, para Vasconcelos (2017, p. 293), o ECI “é o estado de arte do ativismo judicial latino-americano”.

4.2.2 Estratégia argumentativa utilizada para validar o Estado de Coisas Inconstitucional

Na decisão cautelar da ADPF 347, o Estado de Coisas Inconstitucional se justifica pela violação recorrente, massiva e generalizada aos direitos fundamentais, destinada a uma parcela específica da população, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas, por parte de todos os órgãos estatais em sentido omissivo e/ou comissivo, não garantindo o mínimo existencial reconhecido pela Constituição.

Diante das inconstitucionalidades reconhecidas, o Supremo se declarou como o Poder competente para solucionar a demanda. O Ministro Marco Aurélio traz em seu voto o argumento de que, diante da situação relatada, somente o Supremo é que mostra-se capaz de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados, a fim de superar os bloqueios políticos e institucionais que impedem uma solução, posto que isso é o que se espera do STF e este não pode se abster de intervir.

Para compreender o que significa o “estado de coisas”, é preciso perceber que existe um contexto social que há anos vem sofrendo com o agir e o não agir das organizações da política e do direito, ou seja, é uma sequência de fatos inconstitucionais que se perpetua no tempo e gera grave violação aos direitos fundamentais, infringindo a ordem constitucional, o que se caracterizou como estrutural devido ao vício na conduta das organizações.

Conforme expõe Vasconcelos (2017), a argumentação apresentada na decisão da Medida Cautelar da ADPF 347 utilizou-se de dados estatísticos, sociológicos e históricos para provar a falha estrutural do sistema prisional, tratando a política como locus da construção do problema, uma vez que este não estaria sendo capaz de promover uma solução para a crise estrutural, o que atraiu e legitimou o STF para coordenar a interação entre os responsáveis, em razão da situação não poder ser atribuída a um único agente, órgão ou ente, tendo decorrido de diversos atos externos ao sistema jurídico. No entanto, a única medida destinada à política foi o descontingenciamento orçamentário do FUNPEN.

O sentido da falha estrutural apresentado na argumentação não advém de uma situação natural, mas, sim, de um hábito na operação do sistema que se repete, daí a generalização da ilegalidade, ou seja, é um vício do sistema jurídico que viola o seu próprio código. Quando o juiz deixa de realizar a audiência de custódia dentro do prazo estabelecido em lei ou não fundamenta a não adoção das medidas cautelares diversas da prisão, ele segue perpetuando uma prática abusiva, deixando de cumprir função elementar. Portanto, a falha estrutural alegada não é uma “falha”, mas uma prática de interesse da estrutura do direito e da política.

Segundo De Giorgi e Vasconcelos (2018), a maioria dos pedidos apresentados na ação requeriam que o sistema jurídico decidisse sobre elementos de seu próprio sistema, como, por exemplo, o pedido de que fosse determinado aos juízes que fundamentassem a não adoção de medidas cautelares diversas da prisão, todavia a justificativa apresentada pelo judiciário foi que esse procedimento já era dever de todo juiz conforme disposto na legislação. A abstenção do judiciário sobre tal pedido foi uma estratégia para se auto isentar da quantidade excessiva de reclamações constitucionais por um eventual descumprimento daquele dever.

Assim, o que se observa é que a falha estrutural que legitima o Estado de Coisas Inconstitucional não é o reconhecimento de uma falha no direito, tanto que

nenhuma norma é questionada, mas, sim, nos órgãos responsáveis por aplicar esse direito, ou seja, o ambiente com o qual o direito entra em contato.

De Giorgi e Vasconcelos (2018, p. 490) aludem que “o estado de coisas apontado como constitucional trata-se, na verdade, de ilegalidade difusa”, isto é, o que existe é que a generalização da ilegalidade que é indicada como um dos requisitos para que seja caracterizado o Estado de Coisas Inconstitucional é nada mais do que um problema do direito que se repete em suas operações, portanto, o problema antes de ser político é jurídico.

Para De Giorgi e Vasconcelos (2018), quando o Supremo reconhece o problema como estrutural e aponta causas políticas e históricas para justificar a situação, ele está se auto isentando, uma vez que as violações questionadas na ADPF 347 são provenientes de relações jurídicas concretas, como por exemplo, a preferência pela adoção da prisão preventiva que ocasiona uma superlotação nas penitenciárias, além dos atos de tortura e crimes praticados no interior do cárcere que são do conhecimento das organizações. Deste modo, “a isenção é operada pelo deslocamento argumentativo do problema para fora do sistema” (p. 490).

Os autores ainda afirmam que, segundo Luhmann, a auto isenção produz poder, porque permite que o comunicador abstenha-se de aplicar a si mesmo o código com o qual opera, atuando com discricionariedade, ou seja, tem o poder de não reconhecer sua operação como uma prestação negativa, mas pode exigir do outro o reconhecimento de seus defeitos.

Vasconcelos (2017, p. 289) traz um questionamento intrigante apresentado por Raffaele De Giorgi em seu Grupo de estudos na Universidade de Salento, ele questiona o seguinte: “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?”, ou seja, os direitos humanos não estão sendo violados apenas nas penitenciárias, existe uma violação constante nas periferias, que perpetua a segregação social e abastece o sistema prisional.

Essas questões estruturais expostas pela Suprema Corte são de total interesse da sociedade, da política e do judiciário, posto que é essa diferenciação que mantém a complexidade do ambiente. De acordo com De Giorgi e Vasconcelos (2018, p. 498), “os autores das violações do direito são todos identificáveis; a polícia, os batalhões, o

delegado, o ministério público, o juiz da audiência de custódia, o juiz da instrução criminal, o juiz da execução da pena."

O Estado de Coisas Inconstitucional não reconhece a falha no direito que está sendo violado, mas no Estado e em seus órgãos que falham em sua aplicabilidade. Quando se decreta o ECI, há a confissão pelo judiciário das violações constitucionais, entretanto, a decisão judicial é para que o Estado, em seu sistema político, realize as mudanças necessárias. Logo, o judiciário atua como um mediador, isentando-se de qualquer culpa.

Já o Estado de Ilegalidade Difusa, apresentado por De Giorgi, traz a perspectiva de que, se há violação massiva aos direitos constitucionais, é porque a falha está na operação do direito, portanto, no sistema jurídico, haja vista que, para que o direito possa ser devidamente executado, ele deve ser, primeiramente, garantido e aplicado pelas organizações competentes.

A Lei de Execução Penal determina em seu artigo 66 que o juiz da execução inspecione, mensalmente, os estabelecimentos carcerários, a fim de verificar o seu adequado funcionamento, assim como deve promover a interdição daqueles estabelecimentos que estiverem funcionando em condições inadequadas ou com infringência à Lei.

Quando aqueles que são responsáveis por efetivar as medidas jurídicas cabíveis e promover as sanções devidas às infrações cometidas não cumprem seu papel, os demais sistemas se acomodam em suas condutas negativas e ocorre o efeito "bola de neve". Diante disso, não é suficiente que o judiciário apenas reconheça as violações aos direitos constitucionais, mas é preciso que identifique que operação efetuada em sua clausura está corrompendo seu sistema.

Segundo Vasconcelos (2017, p. 301), "a ilegalidade que de volta em volta se repete nas operações do sistema do Direito, é um problema do Direito". E é isso que se observa na ADPF 347, posto que existem leis e atos normativos que imputam ao judiciário a obrigação de fiscalizar as instituições penais, bem como intervir quando verificar ilegalidades, no entanto, como se constata com a declaração do "Estado de Coisas Inconstitucional", é inquestionável que essa diretriz não é cumprida, o que deixa o questionamento se existe realmente um Estado de Coisas Inconstitucional? E, se este existe, não deveria ser papel do judiciário evitá-lo?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por finalidade explicitar, a partir da teoria dos sistemas, como o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Poder Judiciário corrompeu o código do Direito e saiu dos seus limites operativos. Ficou demonstrado que as soluções estabelecidas em nada alteram o estado de coisas ao qual os presos estão submetidos, tendo em vista que uma efetiva solução ultrapassa os limites de poder do sistema jurídico, além de que, legitimar-se como competente a declarar um ECI buscou ocultar a ineficiência do judiciário ao cumprir suas obrigações.

O Estado de Coisas Inconstitucional nasce de um descontentamento com a atuação política após os movimentos democráticos que alteraram a legislação e deram uma maior visibilidade aos direitos fundamentais. Em virtude dessa ineficiência, o judiciário começou a ganhar um certo protagonismo, haja vista que o Direito passou a ser tido como um meio para transformar a realidade daqueles que vivem à margem da sociedade. E é nesse contexto, frente a um quadro de violação massiva aos direitos fundamentais dentro do sistema prisional, que advém de uma falha estrutural e que não tem como ser direcionada a um único culpado, que o Supremo se outorga na competência de reconhecer um estado de coisas e tomar medidas cabíveis para solucionar este problema.

O que se depreende deste contexto é que, ao tomar para si o poder de proferir as soluções cabíveis a este litígio, o Supremo Tribunal Federal evidencia a sua atuação ativista, colocando-se no papel de atender as demandas que os demais poderes não conseguem suprir, criando teses e indo além da sua função principal. No mais, destaca-se que a argumentação utilizada na decisão judicial, mesmo munindo-se de uma linguagem ativista, vai além disso, posto que o Judiciário assume um destaque frente aos demais poderes e encobre suas próprias falhas.

No momento em que o Supremo em sua argumentação apresenta como causa a crise dos direitos fundamentais, situações estruturais e externas, ele se autoisenta das suas responsabilidades para se conceber como o Poder apto a propor uma solução, desconsiderando que o direito só produz crise sobre ele mesmo, uma vez que os conflitos dos ambientes são ressignificados dentro do sistema jurídico sobre o código do lícito/ilícito. Deste modo, a partir da teoria dos sistemas, se há uma crise no direito, esta vem de sua própria operação, pois direito só reproduz direito.

O sistema jurídico não atua com o fim de promover soluções aos conflitos do sistema social, ele apenas atua sobre aqueles que podem ser convertidos num contexto legalista, ou seja, ele observa a situação sob o prisma do direito e define o que se enquadra como lícito e ilícito. No momento em que ele decide situações que fogem dessa perspectiva, tendo posicionamento de governo, passa a funcionar fora de seus limites de poder, como é possível verificar na decisão cautelar da ADPF 347, mantendo o caos, haja vista que não há alteração da situação fática.

Quando o judiciário não observa os prazos processuais, não atende a razoável duração do processo, não reavalia a necessidade da manutenção da prisão preventiva e não aplica os mecanismos legais para impedir as violações dentro das penitenciárias, ele está colaborando de forma ativa para manutenção do que concebeu como um Estado de Coisas Inconstitucional.

Ao analisar a definição do que é um Estado de Coisas Inconstitucional, verifica-se que este pode ser empregado em diversas situações. Conforme abordado neste trabalho, as pessoas que vivem em favelas têm os direitos fundamentais constantemente violados, vivendo em condições precárias, sem acesso digno à saúde, à educação e até ao próprio judiciário, dado que, muitas vezes, por não terem conhecimento são maltratadas pelo sistema. No mais, são essas pessoas, pretas, pobres e moradoras de comunidade, que são os alvos do Estado para abastecer o sistema prisional e continuar reproduzindo a violação dos direitos fundamentais.

São pessoas que em sua história foram escravizadas, vistas como indignas de ocupar posições de destaque na sociedade e olhadas sempre com desconfiança. E é nessa ótica que o sistema judiciário permanece olhando para essas pessoas, posto que, no momento em que não se cumpre o que a legislação determina e não se punem os responsáveis pelas infrações cometidas, não há um Estado de Coisas Inconstitucional, pois não houve nada novo que violou esse direito, o que existe é uma Ilegalidade Difusa que se perpetua no tempo e que é benéfica ao sistema.

Diante do exposto, este trabalho concluiu que a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional pelo Poder Judiciário ultrapassa seus limites de poder, uma vez que ele não está exercendo sua função típica e está indo além de suas atribuições, através de um posicionamento ativista. Entendemos que, se a decisão tivesse tido o viés de tomar providências a solucionar as ilegalidades existentes em seu próprio sistema jurídico, haveria uma operação que não fugiria ao sistema jurídico e que,

possivelmente, traria alterações benéficas à realidade daqueles que estão submetidos ao cárcere.

Concorda-se que o Estado de Coisas reconhecido na decisão judicial da ADPF 347 não advém da falha na operação de um único sistema, todavia, cabe a cada sistema parcial atuar sobre a comunicação que lhe compete, haja vista que deste modo será possível promover mudanças pontuais, mas que no todo transformam a realidade social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto de. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, artigo de 2008. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 10 março 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 março 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 11 jul. 1984, seção 1, p. 10.227. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 março 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/05/39ae8bd2085fdbc4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em: 15 de março 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal ADPF 347/DF**, Pleno do STF, Julgado em 09/09/2015. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 10 março 2022.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 2015. Tese de Doutorado em Direito Público. Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/9297/1/CARLOS%20TOTAL.pdf>. Acesso em: 13 março 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 13 março 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **JOTA Mundo: Estado de Coisas Inconstitucional**. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>. Acesso: 20 março 2022.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional. Sentença SU-559/1997**. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em 20 março 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-153/1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 20 março 2022.

DE GIORGI, Raffaele. **O desafio do juiz Constitucional.** Campo Jurídico, vol. 3, n. 2, p. 107-120. 2015. Disponível em:
<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/76/75>. Acesso em: 10 março 2022.

DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. **Revista. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa. Revista de Direito Práxis Dossiê Questões Amazônicas.** Rio de Janeiro, vol. 9, n. 01, p. 480-503. 2018. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/rdp/a/4GxdZvmmXfFqYGxt43YZNkq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 março 2022

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Opinião: Estado de coisas inconstitucional.** Estadão, São Paulo, 19 set 2015. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisasinconstitucional,10000000043>. Acesso em: 22 março 2022.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **O Paradoxo da Decisão Judicial à Luz de Niklas Luhmann.** Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife. Volume 87, número 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Ra%C3%ADna/Downloads/1552-4209-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 15 maio 2022.

FONSECA, Ana Clara Montenegro. **ORDENS DE OBSERVAÇÃO SOBRE A CONDUTA DA VÍTIMA NA CRIMINOGENESE À LUZ DO ESTRUTURAL-CONSTRUTIVISMO Uma aproximação contingente e complexa à dogmática da vítima entre a redundância e a variação argumentativas no sistema penal moderno.** 2020. Tese de doutorado apresentada ao Programa de PósGraduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ), vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Disponível em:
https://repositorio.ufpb.br/?locale=pt_BR. Acesso em: 15 maio 2022.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **A Decisão Judicial Como Comunicação Diferenciada: Uma investigação à luz da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann.** 2007. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em:
<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/7716>. Acesso em: 25 maio 2022.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade** / Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes - selo Martins, 2016.

OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 março 2022.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 20 março 2022.

PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A Decisão Jurídica em Niklas Luhmann: Operação, Diferença e Abertura.** 2009. Disponível em:<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2261.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

SARMENTO, Daniel. **Petição Inicial. ADPF 347.** 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>. Acesso em: 10 março 2022

VASCONCELOS, Diego de Paiva. **A (dis)funcionalidade do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI): estrutura da decisão e os limites funcionais do direito.** Conpedi Law Review, [S.L.], v. 3, n. 2, p. 284. 2017. Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduação em Direito – CONPEDI. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323043685_A_disfuncionalidade_do_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_ECI_estrutura_da_decisao_e_os_limites_funcionais_do_direito. Acesso em: 10 março 2022.