

RECEBIDO EM: 11/01/2018

APROVADO EM: 26/04/2018

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UM MECANISMO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

***THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS:
A MECHANISM OF THE NEW LATIN AMERICAN
CONSTITUTIONALISM***

Celso Eduardo Santos de Melo

Doutor e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP. Tem experiência na área jurídica em docência e advocacia, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: obrigações tributárias; hermenêutica jurídica; direito e internet; Direito Humanos; Teoria do Estado e direitos fundamentais.

Walenberg Rodrigues Lima

Mestrando em Direito Público pela UFBA (2018.2)- na linha de Estado Democrático de Direito e Acesso à Justiça. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Uniages no ano de 2010. Advogado, com foco específico, na área pública.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Novas Experiências Constitucionais; 2 O Estado de coisas Inconstitucional: Origens, Conceito, Requisitos e Desenvolvimento da

Jurisprudência; 3 O Estado de Coisas Inconstitucional, Giro Decolonial e as Epistemologias do Sul; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar o fenômeno do estado de coisas inconstitucional, perpassando pela origem, características, requisitos e aplicação dentro dos países da América Latina. Esse novo mecanismo de controle de constitucionalidade amplia o papel das cortes constitucionais¹ para além da mera declaração de incompatibilidade da norma para com a lei fundamental, posto que incide sobre uma falha ou omissão de matiz estrutural do Estado, que de forma massiva vilipendia os direitos fundamentais e humanos da coletividade. Ademais, analisar-se-á o contexto brasileiro quanto à aplicação desse mecanismo de índole constitucional, em especial, as perspectivas de uma evolução jurisprudencial no STF quando do julgamento de mérito da ADPF nº 347. Por fim, buscar-se-á demonstrar que para além da densificação do princípio da colaboração harmônica, e portanto, de uma ressignificação do ideal da separação dos poderes, o estado de coisas inconstitucional desempenha um papel ativo na consolidação de um novo constitucionalismo latino-americano, marcado pela ruptura com o colonialismo epistemológico tradicional, e preocupado, sobretudo, com a resolução dos problemas latino-americanos a partir de um viés que considere a história, culturas e particularidades dos povos latinos, enfim, a partir, de um pensar decolonial e próprio latino-americano. Para isso, utilizou-se do método de pesquisa qualitativa e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Coisas Inconstitucional. Controle de Constitucionalidade. Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Colonialismo. Decolonial.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the phenomenon of the unconstitutional state of affairs, going through the origin, characteristics, requirements and application within the countries of Latin America. This new mechanism of constitutional control expands the role of constitutional courts beyond the mere declaration of incompatibility of the norm with the fundamental law, since it focuses on a failure or omission of the structural nuance of the state, which in a massive way vilifies fundamental rights and humans of the collectivity. In addition, the Brazilian context regarding the application of this mechanism of a constitutional nature, in particular, the perspectives of a jurisprudential evolution in the STF will

1 O termo “cortes constitucionais” não foi usado neste trabalho em seu sentido estrito, já que o STF não pode ser considerado como tribunal constitucional, apesar de ter como função o controle de constitucionalidade das normas.

be analyzed in the merits judgment of the ADPF nº 347. Finally, it will be tried to demonstrate that in addition to the densification of the principle of harmonious collaboration, and thus a re-signification of the ideal of separation of powers, the unconstitutional state of affairs plays an active role in the consolidation of a new Latin American constitutionalism marked by the break with epistemological colonialism traditional and preoccupied, above all, with the resolution of Latin American problems based on a bias that considers the history, cultures and particularities of the Latin peoples, starting from a decolonial and Latin American thinking. For this, we used the method of qualitative and bibliographic research.

KEYWORDS: Unconstitutional State of Affairs. Constitutionality Control. New Latin American Constitutionalism. Colonialism. Decolonialism.

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo, dentre algumas concepções, tem sido conceituado como um movimento político e social, cuja origem é atribuída à vontade dos governados que desejavam limitar os poderes do governante, e com isso garantir os seus direitos. Nesse sentido, o entendimento de Loewenstein², para quem o constitucionalismo seria a busca do homem político pela limitação do poder absoluto que era exercido pelos detentores do poder.

Conforme se nota ao se estudar o constitucionalismo, se percebe desde logo que as suas características foram influenciadas pelo contexto político de cada época. Assim, tem-se o denominado constitucionalismo antigo, marcado pela forte influência da teocracia e pela ideia do divino. Há também o constitucionalismo moderno, marcado pela ideia de elaboração escrita do texto constitucional, e cujos exemplos mais marcantes são as constituições dos EUA (1787) e a da França (1791). Posteriormente, fala-se em constitucionalismo social, marcado pela ideia de que o Estado deveria agir de forma interventiva no sentido de concretizar os direitos sociais do cidadão, como o lazer e o trabalho, fazendo cessar as grandes desigualdades sociais e econômicas que haviam sido criadas pelo liberalismo econômico.

Para Novelino³ as experiências históricas vividas com o nazismo e com a guerra, foram responsáveis pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana como núcleo central do chamado constitucionalismo denominado contemporâneo.

2 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986. p. 150.

3 NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 52.

Por fim, se tem falado atualmente em um novo constitucionalismo, ou neoconstitucionalismo, cujo marco teórico ou ideias principais seriam, segundo Luis Roberto Barroso⁴: a força normativa da constituição, a ampliação da jurisdição constitucional, e a ressignificação da hermenêutica constitucional, com a valorização da ideia dos princípios como norma jurídica vinculante.

Para além disso, na América Latina surge o denominado novo constitucionalismo latino americano, o qual segundo Dalmau⁵ tem início a partir da Constituição da Colômbia de 1991.

Segundo Teixeira⁶ o novo constitucionalismo latino americano apresenta novas possibilidades para pensar a organização do Estado. Raquel Fajardo⁷ traça um mapa de ciclos desse constitucionalismo, no qual apresenta o chamado Estado Plurinacional, cuja característica essencial, segundo a autora, é a inserção dos povos indígenas como protagonistas da refundação do próprio Estado, e como titulares de um amplo direito positivado.

Para Bragato⁸ o novo constitucionalismo latino-americano tem sido uma prática constitucional adotada em vários países do continente, e que tem representado algumas mudanças e rupturas com os modelos constitucionais europeu e norte americano que sempre foram modelos influenciadores nas elaborações das constituições desses países.

-
- 4 BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2017.
- 5 DALMAU, Ruben Martinez. *Asembleas constituintes e o novo constitucionalismo en America Latina*. In: *Tempo Exterior*, n. 17, p. 5-15, 2008, p.8. Disponível em: <http://www.igadi.org/te/pdf/te_se17/te29_17_005_ruben_martinez_dalmau.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2017.
- 6 TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Direitos Fundamentais e Constituição: As respostas do Neoconstitucionalismo europeu e do Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.p. 49.
- 7 FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. Disponível em: <[http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010\[1\].pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010[1].pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- 8 BRAGATO, Fernanda Frizzo. *A colonialidade no Direito*. 2016. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/a-colonialidade-no-direito-por-fernanda-frizzo-bragato/>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

Segundo Streck e Oliveira⁹, aliás, o termo novo constitucionalismo latino-americano de fato merece o adjetivo, posto que apresenta diversas novidades, dentre elas o direito dos animais e os direitos da natureza.

Nesse contexto de ruptura com velhas epistemologias, eis que surge um mecanismo jurisprudencial denominado estado de coisas inconstitucional. Tal mecanismo tem origem no litígio estrutural, figura jurídica que surgiu nos EUA a partir dos anos cinquenta, quando do julgamento do caso *Brown Vs Board of Education* de maio de 1954, em um ambiente de disputa entre os defensores da *political question doctrine* e os defensores da *structural remedies*¹⁰. Também há precedentes em decisões da África do Sul e na Índia.

Na América Latina, coube à Corte constitucional da Colômbia, adotar pela primeira vez o ECI, no julgamento da Sentença de Unificação nº 559 de 1997, na qual a corte buscava solucionar omissões inconstitucionais e estruturais no sistema carcerário colombiano.¹¹

1 NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: NOVAS EXPERIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

Embora se considere que o novo constitucionalismo latino americano seja uma corrente doutrinária ainda em configuração, portanto, ainda em formação, há sim, elementos comuns que denotam a existência de uma verdadeira teoria da constituição, consoante afirmam Pastor e Dalmau¹².

A primeira característica dessa nova categoria doutrinária é o modo como se deu a elaboração das constituições, fruto de uma verdadeira assembleia constituinte exclusiva, com integrantes de movimentos sociais,

9 STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio Correia Souza de. Reflexões sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p.131.

10 IGLESIAS, Edimer Leonardo Latorre et al. *Litígio Estructural em America Latina: Génesis y Tendencias del constitucionalismo progresista*. Bogotá: Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, 2015. p.36.

11 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional e Litígio estrutural*. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

12 PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Ruben Martínez. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Fundamentos para una Construcción Doctrina. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p.29.

um movimento democrático que buscou ampliar ao máximo a participação de todas as esferas da população.¹³

Outros aspectos também podem ser encontrados no novo constitucionalismo, tais como a originalidade, a amplitude, a complexidade e a rigidez.¹⁴ A começar pelo processo de elaboração do texto, o que se vê no constitucionalismo latino-americano é a existência de uma assembleia constituinte, com participação popular e de movimentos sociais.¹⁵ Outra característica marcante desse constitucionalismo é a sua originalidade, no tocante à consagração de direitos, a exemplo dos “*derechos de la naturaleza*” estabelecidos pelos art. 71 da Constituição do Equador de 2008¹⁶, numa perspectiva original, na qual a própria natureza ou *Pacha Mama* se coloca como o sujeito de direitos.¹⁷

A Constituição boliviana de 2009 traz também um pluralismo jurídico, estabelecendo a criação de uma justiça indígena que esteja em pé de igualdade com a justiça ordinária e sem subordinação a esta (art. 179 da constituição boliviana¹⁸). O estado boliviano assume ainda um novo perfil, deixando de ser o Estado Nacional para ser um Estado Plurinacional, no qual todas as vozes dos povos da nação são ouvidas.¹⁹

Ainda nesse sentido, cabe dizer que também a Colômbia reconhece no plano constitucional a existência de uma Justiça indígena, também denominada de jurisdição especial, que assim como nos modelos equatoriano e boliviano, será exercida dentro do território indígena originário, respeitando-se sempre os dispositivos constitucionais, prevendo-se ainda que a lei estabelecerá formas e mecanismos de coordenação entre a justiça

13 PASTOR; DALMAU, op. cit., p. 33.

14 Ibidem.p.37

15 Ibidem.p.33.

16 Art. 71.-La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. [...]

17 STRECK, op. cit., p. 132.

18 Artículo 179. [...] II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía

19 SANTOS, Boaventura de Sousa. 2007 “*La reinvenção del Estado y el Estado plurinacional*” en OSAL (Buenos Aires: CLACSO Año VIII, Nº. 22, septiembre. Disponível em:<<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

especial e o sistema judicial nacional. (Artigo 246 da constituição da Colômbia²⁰).

O novo constitucionalismo latino-americano valoriza também a chamada interculturalidade²¹, a qual é um instrumento de convivência harmônica entre os diversos povos e culturas, de modo que sejam respeitadas as diferenças e também seja garantida igualdade de condições. A interculturalidade inclusive serve de parâmetro para a aplicação das decisões judiciais, de modo que podem ser apontados alguns casos em que as cortes constitucionais ao serem consultadas por juízes de instâncias inferiores, determinam que no julgamento se adote o critério da interculturalidade. Trata-se enfim, como bem salienta Walsh²² de um princípio ideológico, cuja origem não se deu no ambiente acadêmico, sendo fruto de um movimento étnico-social, especialmente indígena, produzido longe dos centros globais do conhecimento, ou seja, do Norte Global, e denominado pela autora de conhecimento outro.

Exemplo disso é o caso *Waorani* no Equador, caso esse julgado pela Corte Constitucional daquele país em 6 de Agosto do ano de 2014, no qual se discutia a aplicação do artigo 441 do Código Penal para o suposto genocídio que havia sido praticado pela comunidade indígena *Waorani* contra indígenas *Taromenani*, matança essa ocorrida no ano de 2013. O juiz de Garantias Constitucionais de *Orellana* resolveu consultar a Corte Constitucional, sobre a aplicação do artigo 441 do Código Penal do Equador²³, que descreve como crime o fato de quem com o propósito de destruir total ou parcialmente um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, ocasione a morte de membros de uma comunidade indígena.

20 Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

21 Artículo 98 I. [...] La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones.

22 WALSH, Catherine. Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento "otro" desde la diferencia colonial In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramon (Coords.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007. p.47.

23 Art. ...- Quien, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetre alguno de los siguientes actos, será sancionado: 1. Quien ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años. [...]

Para a Corte Constitucional do Equador, ao aplicar o artigo 441 do referido código, o juiz teria que trazer argumentos afim de se verificar se o fato, no caso concreto, se enquadrava ou não na Convenção para Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, e ademais, e mais importante, aplicar medidas e análises antropológicas e sociológicas para garantir que o processo fosse sustentado em uma perspectiva intercultural.²⁴

Segundo Teixeira²⁵ o novo constitucionalismo latino-americano busca romper com a pretensão de universalidade epistêmica consagrada pela modernidade. Ainda segundo o autor, o novo constitucionalismo latino-americano nasce a partir das experiências constitucionais de países da América Latina, que passam a rever as pautas consolidadas e sedimentadas pelo constitucionalismo europeu tradicional no âmbito da região, apresentando-se novos olhares sobre os direitos fundamentais e sobre a organização do próprio Estado.²⁶

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ORIGENS, CONCEITO, REQUISITOS E DESENVOLVIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA

Na América Latina, o estado de coisas inconstitucional é um mecanismo que fora adotado, pela primeira vez, pela jurisprudência da corte colombiana, não sendo, portanto, um instrumento que estivesse previsto de forma direta ou explícita na constituição daquele país. Pode se dizer, no entanto, que decorre de uma interpretação teleológica do artigo 113 da Constituição colombiana²⁷, ao estabelecer que os poderes estatais devem ser independentes, mas além, disso, harmônicos, harmonia esta que não se quebra diante da necessidade de colaboração dos poderes, dirigida para o fim maior de efetivar os direitos fundamentais constitucionais.

24 S N° 004-14-SCN-CC no CASO N° 0072-14-CN, julgado em 06 de agosto de 2014, e extraído do site da Corte Constitucional del Ecuador no link: <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/imagenes/stories/pdfs/Sentencias/0072-14-CN.pdf>>.

25 TEIXEIRA, op. cit., p.47.

26 Ibidem, p.47

27 Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Segundo Contreras *et al*²⁸ trata-se de um mecanismo de controle de constitucionalidade, cujo precedente remonta à discussão entre os defensores da *structural remedies* com os defensores da *political questions doctrine*²⁹ nos EUA. Embora também existam alguns precedentes de sua aplicação em casos julgados na Índia e na África do Sul, tem sido a Colômbia o país no qual o mecanismo tem apresentado o seu maior grau de aplicação, eficácia e sistematização teórica. Segundo Garavito³⁰ trata-se de um mecanismo de natureza excepcional, cuja função é promover a solução de violações massivas a direitos humanos, tendo uma duração finita, assim como é caso do estado de exceção constitucional. No ECI (Estado de Coisas Inconstitucional) declara-se uma inconstitucionalidade de matiz estrutural, decorrente da conduta reiterada de diversas autoridades do Estado, que por meio de ações e ou omissões acabam por vilipendiar direitos fundamentais da coletividade.

Ainda que não consolidados e, portanto, em fase de construção jurisprudencial, os requisitos para a declaração do ECI têm sido apontados pela Corte colombiana³¹. Dentre outros, os principais requisitos até agora apontados são: conjunto de ações e ou omissões praticadas de forma reiterada por mais de uma autoridade; que tais ações afrontem os direitos fundamentais da coletividade; a existência de um problema social que demande medidas administrativas, legislativas e executivas; e o provável abarrotamento do Judiciário, frente ao volume no ajuizamento de ações semelhantes.

28 CONTRERAS, Edgar Hernán Fuentes; LÓPEZ, Beatriz Eugenia Suárez; VILLEGAS, Adriana Rincón. *Facticidad y Constitución: La Doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en América Latina*. Athenas, Brasil, v. I, n. 2, 2012.

29 A doutrina do political structural remedies considera que ao Estado-juiz não é dado a legitimidade para intervir em decisões que sejam de competência exclusiva dos poderes Executivo e Legislativo, de modo que cabe ao juiz constitucional aplicar os direitos fundamentais apenas em sua dimensão subjetiva, ao contrário do structural remedies que considera a existência de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais quando da resolução de problemas que se considerem como falhas estruturais. (Contreras et al., 2010, p. 4 e 5). Nos EUA, diversos casos podem ser apontados como exemplos do que se denomina structural remedies, entre eles, o caso Brown v. Board of Education (1954), no qual se discutia a questão racial. Para Souto (2015, p. 76) esse caso marca o surgimento, no mundo, do que se denomina ativismo judicial, inaugurado pela Suprema Corte americana.

30 GARAVITO, César Rodríguez. *Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional*. (Artículo preparado para publicación en César Rodríguez Garavito, ed. 2009. Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Ediciones Universidad de los Andes).

31 ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; CABRAL, Márcio Alexandre Diniz. O Estado de Coisas Inconstitucional: Da Colômbia ao Brasil. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.p. 189.

Fora adotado pela primeira vez pela corte colombiana no caso da Sentencia n° 559-97, caso em que se discutia a problemática da retenção de benefícios previdenciários pelos governos territoriais, a um grupo de professores. Para Araújo e Cabral³² a Sentença n° T-153 de 1998, embora não seja considerada um *leading case*, fora um dos casos mais relevantes julgados pela corte colombiana, em que se discutia a problemática das penitenciárias do país, cujo sistema carcerário estava um caos, devido principalmente a problemas com superlotação das cadeias de todo o país. Segundo Araújo e Cabral³³ a decisão da corte na Sentença T-153 não teve muita eficácia em razão de a mesma não ter fiscalizado sua decisão, sendo que grande parte dos órgãos aos quais foram dirigidas ordens ou comandos de fazer, não realizaram as determinações judiciais, em razão de as considerar, em grande parte, como excessivamente rígidas e inexecutáveis.

Apenas com a Sentencia n° T 025-2004, no caso do *desplazamiento forzado*³⁴, é que a jurisprudência da corte colombiana evoluiu, de modo que passou a corte a adotar uma postura de dialogicidade com as demais autoridades, em especial, com as responsáveis pelo estado de coisas inconstitucional, de modo que se criou uma *comisión de seguimiento*³⁵ para avaliar o cumprimento das determinações judiciais, bem como avaliar a necessidade de remodelamento e adequação da decisão da corte à realidade.³⁶

No contexto latino-americano, alguns países têm de fato aplicado o instrumento do ECI, tais como Colômbia e Argentina. Outros como Paraguai, Peru e Venezuela, embora não tenham declarado o ECI, reconhecem o instrumento no plano doutrinário.³⁷

32 ARAÚJO, op. cit., p. 190.

33 Ibidem, p. 191.

34 Fenômeno no qual muitos colombianos tinham que deixar as suas casas e suas cidades em razão dos conflitos e da guerra provocada pelos grupos paramilitares e pelos narcotraficantes, tendo que ir para outras regiões, nas quais se viam sem acesso a direitos básicos, como saúde, educação e emprego. Assim, muitas ações foram ajuizadas na 1ª instância com o objetivo de que se reconhecessem esses direitos aos deslocados, chegando tais ações à Corte Constitucional colombiana, que declarou o estado de coisas inconstitucional.

35 Es una iniciativa de la sociedad civil creada en noviembre de 2005, con el fin de trabajar por los derechos de la población desplazada y orientada al desarrollo de acciones a favor del pleno cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004 y sus posteriores autos. Está conformada por: La Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), la Corporación Viva la Ciudadanía, el Secretariado Nacional de Pastoral Social, la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, la Organización Plan Internacional, Dejusticia, plataformas de mujeres, de afrocolombianos, e importantes personalidades de la vida nacional. (PENÁ, 2011, p. 83).

36 ARAÚJO, op. cit., p.197.

37 IGLESIAS, Edimer Leonardo Latorre et al. *Litígio Estructural em America Latina: Génesis y Tendencias del constitucionalismo progresista*. Bogotá: Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, 2015. p. 27-30.

No caso brasileiro, tem-se a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 347, ajuizada pelo PSOL- Partido Socialismo e Liberdade, cuja discussão gira em torno da problemática das prisões brasileiras, que a exemplo do caso colombiano, apresentam um quadro de caos total, afrontando direitos fundamentais constitucionais dos presos, de modo que levou o STF a declarar o estado de coisas inconstitucional.

Embora ainda não se tenha julgado o mérito da ação, o Tribunal Maior concedeu parcialmente a liminar pleiteada, determinando-se dentre outras medidas a realização de audiências de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da prisão do acusado, a realização de mutirões carcerários, etc.

Segundo Carlos Alexandre Gonçalves³⁸ a postura do voto do relator da ação, o ministro Marco Aurélio, aponta claramente para uma opção dialógica, na medida em que propôs a interferência do STF na formulação e implementação de políticas públicas e de escolhas orçamentárias, sem olvidar da necessidade de acompanhamento e monitoramento da execução das medidas. Segundo o autor, tal comportamento da Corte Suprema não implica em um estado de arrogância institucional, mas pelo contrário, denota uma opção pelo caminho da interação institucional em torno de um objetivo comum.³⁹

Para Vieira e Bezerra⁴⁰ a decisão cautelar do STF, no entanto, apenas manteve a perspectiva deliberativa do Tribunal, que nesse sentido, tem sido mandatária e monológica. Para os autores, as liminares deferidas até o momento, foram alheias à necessária construção de uma jurisdição supervisora e de sentenças estruturantes, estando em total contrariedade com a jurisprudência da Corte Constitucional colombiana.

Considerando que o julgamento de mérito da ADPF nº 347 ainda continua pendente, é de se esperar que a jurisprudência da Corte realoque o estado de coisas em seu devido lugar, consoante apontam Ribas e Bezerra, exercendo, de fato, um papel ativo na transformação da sociedade.

38 CAMPOS, 2015, *passim*.

39 CAMPOS, 2015, *passim*.

40 VIERA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar(?). 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL, GIRO DECOLONIAL E AS EPISTEMOLOGIAS DO SUL

Uma das principais características do novo constitucionalismo latino-americano é o giro decolonial, teoria por meio da qual se pretende construir um modo de pensar próprio e latino-americano, descolonizador e alternativo à concepção de modernidade e visão de mundo universal e totalizadora. Segundo Walter Mignolo⁴¹ o giro decolonial significa um desprendimento do pensar que não seja mais baseada na retórica da concepção de modernidade, enfim, uma limpeza da colonialidade do ser e do pensar.

Neste período, o mundo passou por uma ruptura epistêmica na qual passou-se da visão de mundo como um todo orgânico, constituído pelo homem, natureza e conhecimento, no qual todos se inter-relacionam, para um mundo no qual homem e natureza são âmbitos ontologicamente separados, sendo que a função do conhecimento é a decomposição da realidade em fragmentos afim de dominá-la.⁴²

Segundo Quijano⁴³ o conceito de modernidade vem junto com o de colonialismo, de modo que a apropriação pelos europeus da “verdade universal”, legitimou todo o projeto de exploração e colonização destes frente aos povos originários na América Latina.

Segundo o autor peruano, forjou-se a ideia de que os europeus constituíam o único povo civilizado do mundo, detentor do único conhecimento e saber, capazes de conduzir o homem ao progresso, e, portanto, eram cidadãos naturalmente superiores aos demais povos, inclusive aos indígenas e aos africanos das terras colonizadas.⁴⁴

Esta superioridade também teve como aparato teórico, a construção de uma classificação social e da concepção de raça, que legitimou o domínio

41 MIGNOLO, Walter. *El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto y un caso*. Tabula Rasa, n. 8. jan./jun. 2008, p. 243-281.

42 CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Decolonizar la universidad. La hybris del punto cero y el diálogo de saberes. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGUÉL, Ramon (Coords.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.p.80.

43 QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

44 QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142005000300002. Acesso em: 27 fev. 2018.

dos colonizadores frente aos povos colonizados, de modo que a exploração do trabalho braçal e escravo dos brancos europeus frente aos povos africanos e indígenas se mostrava como algo natural.⁴⁵

Para Castro-Gómez⁴⁶ o colonialismo epistêmico não foi imposto de forma gratuita, servindo de fato como retórica de um contexto dirigido à exploração pelos europeus de outros povos em outras terras, durante a expansão colonial europeia nos séculos XVI e XVII.

De acordo com Bello⁴⁷, no final dos anos 1990, um grupo de intelectuais latino-americanos (Quijano, Castro-Gómez, Mignolo, Dusseu, Ramón Grosfoguel, Arturo Escobar) dentre outros, criou um movimento denominado M/C (Modernidade/Colonialidade).

Nesse contexto, chama a atenção a capacidade desses autores de analisarem criticamente a concepção europeia mediante a descrição de teorias, métodos e conceitos de alta complexidade, e a partir daí, elencar as contradições e os problemas desse paradigma, apontando, desde logo, propostas de reformulação desse instrumental na América Latina.⁴⁸

Esse grupo de pensadores pretende, em suma, a descolonização de pensamento, algo a que Quijano denominou de *desprendimiento*. Para Quijano, porém, tal *desprendimiento* não significa, no entanto, uma recusa a toda ideia de totalidade elaborada pela modernidade europeia, mas sim, a liberação da produção de conhecimento, de reflexão e da comunicação das bases do paradigma modernidade/racionalidade etnocêntrica.⁴⁹

Por fim, importante ressaltar a teoria das Epistemologias do Sul, de Boaventura de Souza Santos⁵⁰, cuja concepção, em breve síntese, é a de que haveria uma divisão do mundo em dois lados, um do lado de lá ou

45 QUIJANO, 2005, passim.

46 CASTRO-GÓMEZ, op. cit., p.88.

47 BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 7(1):49-61, jan./abr. 2015. p.51.

48 Ibidem. p., 52.

49 QUIJANO, Anibal. Colonialidad y Modernidad/Racionalidad. 1992. Disponível em: <<http://www.lavaca.org/wp-content/uploads/2016/04/quijano.pdf>>. Acesso em: 27 fe. 2018.

50 SANTOS, Boaventura de Souza; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010. p.32.

Norte Global e outro do lado de cá, denominado Sul Global. O Norte seria o local onde se dá toda a produção do conhecimento científico universal, enquanto no Sul nenhuma forma de conhecimento relevante seria produzida.

Trata-se de uma teoria que confirma o fato de o colonialismo ter excluído os diversos saberes e conhecimentos dos povos oprimidos frente a uma concepção que se propunha ser universalizante do ponto de vista do modo de pensar. Uma das alternativas para combater essa concepção moderna é a dialogicidade horizontal entre os diversos conhecimentos, o que se denomina de ecologia dos saberes.⁵¹

Segundo Sousa Santos⁵² o pensamento abissal, o qual vigoraria até os dias de hoje, se fundamenta na ideia de que há uma linha que separa os atores, os conhecimentos e os saberes entre aqueles que são visíveis e inteligíveis (Norte Global), e os que são perigosos e inúteis (Sul Global). A proposta para combater isso se funda numa epistemologia que deva estar assente na ecologia dos saberes e na tradução intercultural.

Nesse sentido, interessante observar o que dizem os professores Marcelo Labanca Corrêa de Araújo e Marcio Alexandre Diniz Cabral, que ao comentarem sobre a possibilidade de transplante do ECI colombiano para a realidade de outros países latino-americanos, entendem ser o ECI um mecanismo de uma nova epistemologia do Sul, na medida em que se cuida de uma solução específica para problemas, especificamente, latino americanos.⁵³

4 CONCLUSÕES

Conforme analisado no decorrer desse trabalho, o novo constitucionalismo latino-americano representa sim um novo paradigma na teoria constitucional, em especial no tocante as novas experiências constitucionais que se têm visto na América Latina a partir de 1991. Tais constituições apresentam características e formatos que identificam um novo modo de pensar no Sul Global, desde o modo como se deu a elaboração da lei fundamental, de perfil democrático de seus textos, à

51 SANTOS, op. cit., p. 7.

52 Ibid., p. 14.

53 ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; CABRAL, Márcio Alexandre Diniz. O Estado de Coisas Inconstitucional: Da Colômbia ao Brasil. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 198.

garantia de direitos e participação aos povos originários, num processo que se tem denominado de descolonização.

Constatou-se que um dos exemplos mais marcantes desse novo constitucionalismo com o perfil descolonizador, é o estado de coisas inconstitucional, mecanismo de controle de constitucionalidade fundado na doutrina do *structural remedies*, e destinado a declarar uma inconstitucionalidade, cuja responsabilidade é atribuída a diversas autoridades, daí porque se diz ter o mesmo uma feição estrutural.

Na América Latina, fora a corte colombiana, que fundada no princípio constitucional da colaboração harmônica, primeiro sistematizou o ECI, criando e detalhando requisitos próprios para a aplicação do instrumento de controle, bem como estabelecendo mecanismos de fiscalização das decisões judiciais nos casos do estado de coisas inconstitucional. Restou claro que em nenhum país do mundo, o ECI está em um nível tão desenvolvido como na Colômbia.

Ainda que se faça uma forte crítica ao ativismo judicial do ECI, já não é de hoje que a concepção de separação dos poderes, inspirada nas teorias clássicas de Montesquieu, em sua obra "*L'Esprit des lois*", tem sofrido uma releitura para além da ideia de poderes estáticos e cujas funções típicas devam estar previa e rigidamente estabelecidas na lei. A realidade dos fatos tem imposto não raras vezes a necessidade de uma atuação mais proativa de um poder, evitando-se que o direito dos cidadãos não se efetive em razão da rígida compreensão do princípio da separação dos poderes.

Para além da constatação de o ECI ser um mecanismo bastante desenvolvido pela corte de um país latino-americano, verificou-se se tratar de um instrumento que densifica o novo constitucionalismo latino-americano, na medida em que o mesmo vai em direção ao objetivo dessa nova teoria constitucional, que é a descolonização epistemológica, representada pela valorização dos saberes e conhecimentos dos povos originários, tão colocados em segundo plano pela concepção moderna europeia.

Ao fim, reitera-se que não se trata de negar de forma total as ideias concebidas pelo paradigma da modernidade etnocêntrica, mas de valorizar um modo de pensar próprio, latino-americano, para solucionar problemas que sejam latino-americanos, a partir de uma dialogicidade horizontal de saberes, conforme sugerido pela teoria das epistemologias do sul de Boaventura de Souza Santos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; CABRAL, Márcio Alexandre Diniz. O Estado de Coisas Inconstitucional: Da Colômbia ao Brasil. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2017.

BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*7(1):49-61, jan./abr. 2015.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. *A colonialidade no Direito*. 2016. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/a-colonialidade-no-direito-por-fernanda-frizzo-bragato/>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional e Litígio estrutural*. 2015. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em:26 fev. 2018.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Decolonizar la universidad. La hybris del punto cero y el diálogo de saberes. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramon (Coords.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

CODIGO PENAL DEL ECUADOR DE 1971. Disponível em:< https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cp.pdf> Acesso em: 27. Set. 2017.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Disponível em:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acesso em 27. Set. 2017.

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008. Disponível em :<https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf>. Acesso em: 27. Set. 2017.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA 2009. Disponível em: < https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 27.set.2017.

CONTRERAS, Edgar Hernán Fuentes; LÓPEZ, Beatriz Eugenia Suárez; VILLEGAS, Adriana Rincón. *Facticidad y Constitución: La Doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en América Latina*. Athenas, Brasil, v. I, n. 2, 2012.

_____. Corte Constitucional. *Sentencia de Unificación n.º 557*. Acórdãos. Relator: Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-559-98.htm>>. Acesso em: 14 jun.2017.

_____. Corte Constitucional. *Sentencia T-025/2004*. Acórdãos. Relator: Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 17 jun.2017.

_____. Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia N.º 004-14-SCN-CC, 2014*. Disponível em:<<https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/Sentencias/0072-14-CN.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

DALMAU, Ruben Martinez. Asembleas constituintes e o novo constitucionalismo en America Latina. In: Tempo Exterior, n. 17, p. 5-15, 2008, p.8. Disponível em: <http://www.igadi.org/te/pdf/te_se17/te29_17_005_ruben_martinez_dalmau.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2017.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. Disponível em: <[http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010\[1\].pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010[1].pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2018.

GARAVITO, César Rodríguez. *Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional*. (Artículo preparado para publicación en César Rodríguez Garavito, ed. 2009. Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Ediciones Universidad de los Andes).

IGLESIAS, Edimer Leonardo Latorre et al. *Litigio Estructural em America Latina: Génesis y Tendencias del constitucionalismo progresista*. Bogotá: Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, 2015.

- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.
- MIGNOLO, Walter. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto y un caso. *Tabula Rasa*, n. 8. jan./jun. 2008, p. 243-281.
- PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Ruben Martínez. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Fundamentos para una Construcción Doctrina. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.
- PEÑA, Gabriel Bustamente. *Estado de Cosas Inconstitucional y Políticas Públicas*. Tese de Mestrado em Estudos Politicos. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Politicas y Relaciones Internacionales, 2011. Disponível em: <<https://repository.javeriana.edu.co>>. Acesso em: 14 set. 2017.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009.
- QUIJANO, Anibal. *Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina*. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142005000300002. Acesso em: 27 fev. 2018.
- QUIJANO, Anibal. *Colonialidad y Modernidad/Racionalidad*. 1992. Disponível em: <<http://www.lavaca.org/wp-content/uploads/2016/04/quijano.pdf>>. Acesso em: 27 fe. 2018.
- SANTOS, Boaventura de Souza; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. 2007. *La reinvencción del Estado y el Estado plurinacional en OSAL*. (Buenos Aires: CLACSO Año VIII, N°22, septiembre. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2018.
- SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões*. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio Correia Souza de. Reflexões sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direitos Fundamentais e Constituição: As respostas do Neoconstitucionalismo europeu e do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

VIERA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar(?).2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

WALSH, Catherine. Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramon (Coords.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

