



Revista Direito e Práxis

ISSN: 2179-8966

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

De Giorgi, Raffaele; Vasconcelos, Diego de Paiva
Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa
Revista Direito e Práxis, vol. 9, núm. 1, 2018, Janeiro-Março, pp. 480-503
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

DOI: 10.1590/2179-8966/2018/32819

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350959544020>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais informações do artigo
- Site da revista em [redalyc.org](http://www.redalyc.org)

UFRJ
[redalyc.org](http://www.redalyc.org)

Sistema de Informação Científica Redalyc
Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal
Sem fins lucrativos acadêmica projeto, desenvolvido no âmbito da iniciativa
acesso aberto

Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa

The facts and the declarations: reflexions on The State of Difuse Illegality

Raffaele De Giorgi

Universidade de Salento, Lecce, Itália. E-mail: raffaeledegorgi@gmail.com

Diego de Paiva Vasconcelos

Universidade Federal de Rondônia - DCJ/UNIR. E-mail: diego@unir.br

Artigo recebido em 10/02/2018 e aceito em 15/02/2018



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Resumo

Neste trabalho se desenvolve teórica e filosoficamente o significado que há a declaração de "estado de coisas inconstitucional". A partir da análise de sentenças da Corte Colombiana e da decisão do STF na ADPF n. 347, na qual se declarou a inconstitucionalidades de estados de fato, se alcança a conclusão da inconsistência teórica e filosófica da declaração de estado de coisas inconstitucional.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional; Fatos; Declarações; Ilegalidade Difusa; Auto-isenção do Direito.

Abstract

This paper aims an theoretical and philosophical approach of the meaning of the declaration of Unconstitutional State of Affairs. It analyzes the opinions of the Colombian Constitutional Court and the Brazilian Supreme Court in which is used the concept of Unconstitutional State of Affairs to the declaration of unconstitutionality of facts. The reached conclusions are the absolutely theoretical e philosophical inconsistency of this concept.

Keywords: Unconstitutional State of Affairs; Facts; Declarations; Diffuse illegality; Self-exemption.

Introdução

Parte da América Latina viveu durante a segunda metade do século XX, a experiência trágica das ditaduras e, posteriormente, entre as décadas de 1980 e 1990, testemunhou os movimentos constitucionais de restauração de suas respectivas "democracias". Essa reconstrução se realizou através de uma redireção do constitucionalismo político à reestruturação dos requisitos jurídicos e políticos da diferenciação social, abrindo assim amplo espaço para o reconhecimento de direitos e para a construção de grandes expectativas sobre o futuro dessas democracias.

A impossibilidade da política e das novas constituições de conduzirem ao futuro esperado produziu frustração institucional. A resposta foi aquilo que os "críticos" chamaram de "colonização" dos discursos e práticas judiciais orientados por teorias de legitimação do direito como "mecanismo de transformações sociais". Esse constitucionalismo atravessou da política para o direito, colocando-se como instrumento de transformação da sociedade a ser operado através da jurisdição. O protagonismo judicial ou o ativismo judicial justificou seu próprio surgimento no constitucionalismo latino americano como *resposta* àquilo que qualificou como ineficácia da ação política.

Nesse contexto histórico é que surge o conceito de "estado de coisas inconstitucional". Sua origem data do fim do século XX, se encontra na *Sentencia de Unificación* SU-559/97 da Corte Constitucional Colombiana— na qual se discutiu a distribuição especial de educadores, de recursos orçamentários relativos à educação, além de específicos problemas previdenciários —, e na decisão T-068/98 —, na qual se discutiu questão previdenciária. Essas decisões não veicularam declarações de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, mas qualificaram *estados de coisas* como violadores da constituição (Valle, 2016, p. 340). Entre os principais motivos, indicou aqueles que constituíam "un determinado estado de cosas que contraviene los preceptos constitucionales", a violação massiva de direitos fundamentais que não poderia ser explicada por faltas não atribuíveis, exclusivamente, a um só órgão ou agente estatal, mas apenas por uma deficiência política e institucional generalizada.

A Corte Constitucional Colombiana estabeleceu sua "doutrina do estado de coisas inconstitucional" no julgamento no qual se proferiu a SU-559, na qual concluiu

que "a violação dos direitos fundamentais (ali tratada) seria o resultado de falhas estruturais" e não simplesmente "o produto de arbitrariedade cometidas por um funcionário do Estado" (Higuera, 2000, p. 969). Naquela decisão a CCC se outorgou novo dever, aquele "de colaborar de maneira harmônica com o restante dos órgãos do Estado para realização de seus fins; e também se outorgou o dever de comunicar às autoridades competentes um determinado estado de coisas violador da Constituição Política" (SU-559).

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

Os requisitos fixados para a aplicação daquele conceito, sob a ótica da tradição constitucional e sua doutrina do controle de constitucionalidade, chamam extrema atenção. Primeiro, pelo reconhecimento de que não se trata de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, como lhe é próprio. Segundo, pelo reconhecimento de uma *resistência temporal* do problema tratado; e, finalmente, em terceiro lugar, por reconhecê-lo como *estrutural* e, assim, a "impossibilidade de definição de responsabilidade de agente, ente ou órgão estatal", e, por fim, reconhecer a necessidade de uma pluralidade deles para a solução do problema (aquilo que se chamou de coordenação institucional).

Neste trabalho, buscaremos desenvolver teórica e filosoficamente o significado que tem a declaração de "estado de coisas inconstitucional". A partir da análise de algumas das sentenças da Corte Colombiana, principalmente da T-153, e partir da decisão do STF na MC em ADPF n. 347, na qual se declarou a inconstitucionalidades de estados de fato, alcançaremos a conclusão da inconsistência teórica e filosófica da declaração de estado de coisas inconstitucional através do percurso teórico ora desenvolvido.

1. ECI no Brasil

O "estado de coisas inconstitucional (ECI) teve seu debate no plenário do STF iniciado ainda em 2015, na Medida Cautelar em ADPF n. 347. Assim como a CCC, o STF argumentou, para legitimar o uso da declaração de "estado de coisas inconstitucional", sobre uma suposta necessidade de intervenção do Direito no campo que foi representado como privativo da Política. A Política, por seu turno, segundo os argumentos utilizados naquela decisão, não teria sido capaz de respostas eficientes para tratar problemas de sua competência funcional.

Na *Sentencia* T-153, da Corte Constitucional Colombiana (CCC) e na decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) na MC-ADPF n. 347, tratou-se das condições do sistema carcerário violadoras da *dignidade humana* que, contudo, não poderiam encontrar na Política qualquer solução em razão de uma sob os argumentos de *falta de representação da população afetada* e de *contrariedade da opinião pública*. Esses seriam requisitos acrescentados pelo STF, além da violação massiva de direitos fundamentais, falta de coordenação institucional e falha estrutural de diversos órgãos e agentes, que justificariam a intervenção judicial sobre o tema sem que, contudo, se configurasse qualquer violação à separação dos poderes. Ou seja, segundo os argumentos utilizados naquela decisão (ADPF n. 347), a defesa de direitos e garantias fundamentais de população hipossuficiente exposta à reiterada e massiva violação de direitos legitimaria a tal medida e afastaria a possibilidade de se indicar violação à separação dos poderes do Estado.

Os principais críticos apontaram como o grande problema do ECI a invasão pelo judiciário (direito) sobre as competências do legislativo (política), ou melhor, um possível cancelamento da diferenciação entre direito/política. Também foi apontado por outros que seus mecanismos e sua operação distinguiram-se do controle de constitucionalidade da tradição do pensamento jurídico, porque não se dirigiam à qualificação jurídica de leis ou normas como inconstitucionais, mas à *estados de fato* (Vasconcelos, 2018, pp. 289-290).

No Brasil, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 347, dirigiu ao Supremo Tribunal Federal pedido de qualificação de inconstitucionalidade de um "estado de fato" como meio para determinação de medidas *concretas* suficientes à

solução de "litígio estrutural". Aquela ação tratava de problemas do sistema carcerário, como a superlotação, às condições degradantes e a violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Classificava essas condições como resultantes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal perpetradas por décadas a fio.

O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a Medida Cautelar em ADPF n. 347. Segundo os argumentos utilizados na decisão, o cenário fático ali descrito seria incompatível com a Constituição Federal¹. A situação carcerária foi qualificada como inconstitucional através da construção do litígio estrutural, de uma violação massiva de múltiplos direitos fundamentais. Declarou-se que o quadro fático ali reproduzido seria resultante de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. No entanto, aquela decisão cuidou de determinar a adoção de apenas três medidas, quais sejam: i) a realização de audiências de custódia (pelo Judiciário); ii) a liberação do fundo penitenciário (pelo poder executivo da União); e iii) a obrigação. O que se observa na decisão muito claramente é a frustração institucional, uma impotência de agir em relação aquilo que se qualificou como um *estado de coisas*.

2. A situação do cárcere no Brasil e o comportamento dos juízes e da administração pública

A Human Rights Watch realizou pesquisa sobre a população carcerária no Brasil em 1988, antes mesmo da promulgação da Constituição brasileira em 5 de outubro daquele ano (HRW, 1997-1998) e emitiu relatório que foi, depois, sucedido por uma publicação no ano seguinte tratando das condições em uma prisão de São Paulo. Em 1992, um outro relatório foi produzido pela HRW, agora sobre a chacina na Casa de Detenção do Carandiru ocorrida em outubro daquele mesmo ano. Aquela ONG tem sistematicamente denunciado graves violações de direitos da população carcerária desde o final década de

¹ Uma ação cujo cabimento tem sido reconhecido em face da violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do Poder Público e inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade.

1980², e tem condenado o Brasil de forma regular pela grave superlotação das prisões, condições de detenção horríveis e execução sumária de detentos. A dificuldade, no entanto de obter dados do período da ditadura militar dificulta traçar um trajeto mais longo sobre o problema do superencarceramento e das violações de direitos de presos.

Em 1988, já se estimava uma sobrecarga da demanda por novas vagas para acomodar a população carcerária já existente. O déficit na capacidade instalada dos presídios era oficialmente estimada em 96.010 postos até 1997 (para cada vaga nos presídios havia 2,3 presos). Em outubro daquele ano o jornal a "Folha de São Paulo"³ publicou reportagem do jornalista Marcelo Godoy chamando atenção para o crescente número de rebeliões em presídios desde 1995 e que atingia sua maior marca naquele ano (1997), foram 18 ao todo. Naquele mesmo dia o jornal também trazia uma outra interessante reportagem do mesmo jornalista, as 92 delegacias de São Paulo nunca haviam abrigado tantos presos; o número chegou a 8.099, mas a capacidade instalada era de 1.500 vagas. Aquela reportagem alerta ainda que: "Em 2 de janeiro passado (1996), havia no mesmo espaço 6.648 presos. O aumento foi de 21,83% em nove meses". No ano seguinte, o jornal "O Globo" de 11 de fevereiro anunciava que "Brasília está sem vaga nas prisões e policiais nas ruas". A "Folha de São Paulo" do mês seguinte trazia a notícia de que "Presos sem condenação somam quase 40%", (*Folha de S. Paulo*, 20 de março de 1998).

A população carcerária brasileira em 2015, era estimada em 622.202 mil presos⁴, segundo o relatório INFOPEN, com aumento registrado 267,32% entre os anos de 2000 e 2014, tornando o Brasil naquele ano o quarto país que mais encarcerava no mundo, conforme dados do Ministério da Justiça e o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, 2014). Sendo 40% (250 mil pessoas) do total dessa população carcerária formada, por pessoas presas de forma provisória, sem sentença condenatória passada em julgado. Talvez esse seja o único número que se mantém estável desde os anos 1990.

² A dificuldade, no entanto de obter dados do período da ditadura militar dificulta traçar um trajeto mais longo sobre o problema do superencarceramento e das violações de direitos de presos.

³ Ver: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/10/07/cotidiano/2.html>

⁴ Esse número saltou de 622.202, em dezembro de 2014, para a marca de de 726.712 pessoas encarceradas junho de 2016. Houve um crescimento de mais de 104 mil pessoas. Hoje cerca de 40% são presos provisórios, mantendo a média registrada no censo anterior, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) divulgado em 8 de dezembro de 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça.

A superlotação pela grandeza dos números envolvidos chama muita atenção. O déficit de atingiu a marca de 250.318 postos, situação que só poderia ser agravada pelo cumprimento dos mandados de prisão ainda em aberto.

Poderíamos continuar a narrar jornal por jornal, notícia por notícia, relatório por relatório, que a situação de violação de direitos de presos e superencarceramento no Brasil era um fato notório pelo menos desde o fim da década de 1980, e que seria impossível as autoridades públicas - executivas, legislativas ou judiciais - não terem conhecimento de tal "fato". Todos os problemas na situação carcerária, todos de igual e altíssima gravidade, à despeito de bastante conhecidos por jornais, ONG's e Cortes Internacionais, foram tratados como emergência e urgência no julgamento da medida cautelar em ADPF 347, onde, paradoxalmente, se explicou a situação como "litígio estrutural" produzido por "condições históricas e sociológicas".

Aquela decisão é marcada por uma argumentação baseada sobre análises estatísticas, sociológicas e históricas dirigidas a demonstração das "causas estruturais" das mazelas do cárcere no Brasil. A política foi indicada como o *locus* do problema. A impossibilidade de reflexão do problema dentro da política, no entanto, segundo a argumentação expendida na MC em ADPF n. 347, estaria "bloqueando" as possibilidades de solução da crise carcerária e isso atrairia o Supremo Tribunal Federal para o papel de coordenador da interação interinstitucional necessária à correção das falhas estruturais que jamais teriam decorrido de um único agente, órgão ou ente, mas de uma indeterminável multiplicidade de atos externos ao sistema jurídico. Entretanto, nas soluções encontradas na decisão para dirimir o "litígio estrutural", a única medida dirigida ao sistema Político (política/administração) é o descontingenciamento orçamentário a possibilitar investimentos no setor prisional, através de determinação de que a União liberasse e o saldo acumulado do Fundo Penitenciário para utilização com a finalidade para a qual foi criado.⁵

Naquela decisão também restaram manifestas como o problema estava se delineando no interior do direito. Quando tratou, por exemplo, do pedido de determinação aos juízes para fundamentassem a não adoção de medidas alternativas à

⁵ Aliás, em 2 de agosto de 2017, um despacho do relator da ação, Ministro Marco Aurélio, determina à União que se manifeste quanto uma petição do Estado do Ceará que aponta o descumprimento da medida liminar no tocante a esse item. Não se impôs um orçamento por via de decisão judicial e nem se determinou qual o valor deveria ser investido. Essa determinação dirigida à União, apenas diz que deve cumprir aquilo que ela mesma decidiu.

prisão provisória, responsável, desde a década de 1990, por 40% das prisões no Brasil, o argumento vencedor foi aquele de que isso já seria dever de todo juiz conforme a lei que regula o procedimento de prisões cautelares, mas era nítida a preocupação em se evitar o aviamento de número excessivo de Reclamações Constitucionais por eventual descumprimento desse dever, caso se formulasse a decisão naqueles termos. Aliás, isso foi expressamente debatido e serviu como forte argumento para a negativa do pedido. Não foi diferente com o pedido para que se determinasse aos juízes e tribunais a observância dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, a fim de que se realizassem audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas. Ora, tratava-se de um pacto do qual o país era signatário e que estava apto a produzir efeitos desde 18 de julho de 1978, mas que simplesmente vinha sendo contínua e sistematicamente violado.

Para Ariza Higuera (2000, p. 969), o estado em que se encontra o *sistema carcerário* colombiano por eventualidade do julgamento onde se proferiu a T-153, não decorreu de um acontecimento específico recente localizável espacial ou temporalmente, como "produto da arbitrariedade cometida por um funcionário do Estado" (Ariza Higuera, 2000, p. 969). Essa foi a base da argumentação utilizada na MC em ADPF n. 347. O "estado de coisas" tratado naquela ação não seria, assim, resultado de uma decisão ou de um número determinável de decisões, mas de uma "questão estrutural".

De início se pode dizer que a estratégia utilizada na argumentação foi localizar o problema carcerário no interior da política para tratá-lo no direito consiste num deslocamento do problema em relação ao exterior do sistema jurídico. O problema não seria em si, contudo, apenas o deslocamento, mas o fato que se tratam de nítidas violações do direito. Aquilo de que falamos nos parágrafos anteriores sobre as condições do encarceramento no Brasil são claras violações de direito e nada mais.

A discussão aventada na ADPF n. 347, sobre o dever de se fundamentar decretos de prisão provisória sobre as razões da não utilização de medidas alternativas à prisão, faz possível ver quanto o debate do direito penal brasileiro está "preso ao

cárcere"⁶. Toda motivação é necessária ao desvio de uma expectativa. De modo que, por exemplo, o decreto de prisão utiliza como fundamentos o porquê daquela situação ali tomada ser uma exceção ao direito à liberdade. Ou seja, distingue aquele caso dos demais. Nenhum dever de motivar uma decisão reduziria o encarceramento em massa, produziria apenas uma nova forma de argumentação. Mas, as razões do Supremo para se desviar daquele pedido veiculado na ADPF n. 347 foi a seguinte: o dever de motivar está já presente no direito constitucional e dele nenhum juiz poderia se afastar, cabendo unicamente solucionar eventual violação em sede do caso concreto pela via recursal.

Justamente nessa argumentação é que talvez o Supremo denuncie a si mesmo e ao próprio sistema jurídico ao reconhecer, diante dos alarmantes números, que pode estar havendo excessos na aplicação do encarceramento provisório e que tal excesso seria um desvio da excepcionalidade da medida e que tal excepcionalidade poderia ser verificada nos fundamentos dos decretos de prisão. Fica, contudo, a pergunta: por que isso não vem sendo efetivamente feito, ou seja, por que a via recursal não tem sido capaz de corrigir *eventuais* excessos na utilização da Prisão cautelar (a não ser em polêmicos casos que tomaram as páginas dos principais jornais nos últimos anos)? Ou, por que as audiências de custódia que já tinham previsão no direito internacional veiculado em tratado e pacto do qual o Brasil é signatário não eram regularmente praticadas até então? Por que o Supremo jamais se debruçou sobre esta falta de aplicação do Pacto de São José da Costa Rica?

O grande número de presos provisórios, é verdade, pode ser tomado como possível através das prestações da política ao direito, através da construção de programas decisoriais punitivistas de criminalização dos mais variados modos do agir e acontecer social principalmente aqueles característicos das parcelas mais débeis da sociedade localizadas nas suas periferias. Porém, seja naquela ação ou na sua respectiva decisão esse problema não foi enfrentado. Tivesse o Supremo se voltado ao

⁶ Tomemos como exemplo que o poder judiciário brasileiro tem atribuição conferida através de lei e outros atos normativos para fiscalizar, através de seus juízes (competentes para a execução penal), os cárceres através de inspeções ordinárias ou extraordinárias e promover até mesmo a interdição daqueles estabelecimentos que estiverem funcionando em condições inadequadas ou com infringência à Lei de Execuções Penais, nos termos dos seus artigos 63 e 66. Ora, como, então, os estabelecimentos carcerários puderam chegar ao estado relatado na ADPF n. 347? Ou, por que, mesmo existindo medidas cautelares alternativas à prisão provisória que foram inauguradas pela lei 12.403, de 2011, as taxas de encarceramento provisório são as mesmas da década de 1990?

punitivismo penal da política brasileira talvez se pudesse falar em ativismo ou em violação da separação de poderes ou, melhor, em apropriação da política pelo direito.

Tanto na MC em ADPF n. 347, quanto na Sentencia T-153 da Colômbia, o problema carcerário é explicado através de uma "remissão histórica" ou por uma apelo à "dimensão estrutural do problema que "longe de ser uma questão conjuntural, é a manifestação de um problema mais profundo" (Ariza Higuera, 2000, p. 974). Tratar o problema como histórico, no entanto, explica muito pouco. Trata-se, na verdade, de uma interessante estratégia argumentativa para promover o deslocamento da competência para o tratamento do problema.

Outra estratégia argumentativa ali presente consiste em indicar a omissão da política para justificar a *solução* pelo direito. A generalização da ilegalidade, ou seja, a ilegalidade que de volta em volta se repete nas operações do sistema do Direito, é um problema do direito. O estado de coisas apontado como inconstitucional trata-se, na verdade, de ilegalidade difusa (Vasconcelos, 2017, pp. 302-304). O problema é, antes de tudo, uma questão jurídica e, em seguida, um problema político.

A superpopulação, a tortura e a violência (no interior do cárcere) não são produtos históricos de uma profunda crise, mas são produzidos no interior de relações jurídicas concretas e observáveis. Toda inspeção judicial que não aconteceu ou que não foi capaz de detectá-los, na verdade, os (re)produziu. Todo decreto de prisão que não se atentou às possibilidades alternativas (re)produziu o encarceramento sem sentença definitiva. Toda decisão que negou a liberdade diante das conhecidas e notórias violações a direitos no interior do cárcere reproduziu a violência no interior do cárcere. São dados que podem ser historicamente (re)construídos e representados, mas imputar à política ou mesmo à história a produção dessas mazelas é mera estratégia argumentativa.

Esses atos concretos e observáveis produziram e reproduziram um estado de ilegalidade difusa. Então, o que faz a declaração de ECI quando aponta origens históricas e estruturais ao problema? Desloca-o, argumentativamente, para o campo da Política e se representa como intervenção do direito na política para, na verdade, promover a auto-isenção do direito em relação ao conflito que é produzido em suas próprias operações. A isenção é operada pelo deslocamento argumentativo do problema para fora do sistema. A auto-isenção consiste em postular no *outro* um defeito que não se

reconhece em si mesmo, de modo a se considerar a parte positiva e o outro a parte negativa em uma distinção (Vasconcelos, 2018, p. 301). Com a auto-isenção o comunicador toma licença de não aplicar a si próprio, reflexivamente, os códigos com os quais opera. É assim que a auto-isenção produz poder (Luhmann, 1996b, p.27)⁷. A auto-isenção não decorre da autonomia, mas do arbítrio. Promove a discricionariedade e cancela a auto especificação histórica (Luhmann, 2004, p. 463).

3. Fatos, estados de fatos e estados de coisas

Nas decisões das Supremas Cortes que construíram a qualificação de *estado de coisas inconstitucional*, se encontram argumentações que apresentam características muito interessantes. As argumentações, por sua vez, usam termos que condensam conceitos de particular relevo e deixam entender que o significado dos termos, assim como os conceitos que eles exprimem, são auto-evidentes. Esta pressuposição deriva certamente do fato que aqueles termos são largamente usados na linguagem comum. Mas, como sempre acontece, se diante disso que parece auto-evidente, se formula a simples pergunta: *como é possível?* Ou então a pergunta: *o que significa?* Então se abrem espaços ainda não explorados da reflexão. Pode-se ver, por exemplo, que termos e conceitos, que naqueles termos encontram reparo, têm histórias semânticas que não têm nada de auto-evidente. A linguagem dos supremos juízes, na verdade, utiliza termos os quais tornam manifestos significados e conceitos que têm uma história no pensamento filosófico moderno, na tradição sociológica e, ao seu interno, caracterizam determinadas correntes do pensamento. Não se tratam, assim, de termos inócuos, e nem mesmo de conceitos da linguagem comum, mas de conteúdos de sentido que traem a sua origem.

Tomemos, então, a sério o conceito de *estado de coisas inconstitucional*. Ele deveria referir-se a uma *situação de fato*, a um *estado de coisas*, como se diz, que definisse um contexto social o qual se fez possível a partir do agir e do não-agir das organizações da política e do direito - a existência desta situação constitui grave violação

⁷ Ver também o conceito de auto-isenção (self exemption) na na tradução inglesa da obra *Das Recht der Gesellschaft* (Luhmann, 2004, p.463).

dos direitos humanos e, assim, viola a constituição que lhes declara e é caracterizada pelo fato de ser relativa à questões estruturais.

Surtem logo numerosas questões as quais devem ser tomadas como objeto de reflexão. A primeira se relaciona com o conceito de *fato* e ao conceito de *estado de coisas*; a segunda com o significado de *litígios estruturais*: com o uso dessa locução as cortes se referem ao fato que isso que vem contestado, há características que interessam à estrutura da sociedade, a estrutura de sistemas sociais determinados; será necessário, então, aclarar o conceito de *estrutura*; há então a questão das organizações do direito e da política e a questão dos *limites do direito*; por último, a questão, muito complexa, da função dos direitos fundamentais. Queremos construir, com a necessária brevidade, dado que se trata de questão muito complexa, uma argumentação que seja apta a tratar deste complexo de problemas de modo coerente e congruente em relação ao problema que ora nos interessa.

A expressão *estado de coisas*, *state of affairs*, traduz nas línguas neolatinas e em inglês a expressão alemã *Sachverhalt*. Este termo aparece pela primeira vez na lógica de Lotze em 1874 (2002) e se refere ao conteúdo imanente do juízo. Lotze, interessado em demonstrar a diferença que há entre percepção conhecimento, determina a específica ontologia de juízos, os quais se diferenciam de fatos: estado de coisa (*Sachverhalt*), então denota *das sachliche Verhalten*, a interrelação objetiva de coisas, como são apresentadas no juízo. Conhecimento é apresentação das coisas como são na realidade. Como se vê, o conceito de *Sachverhalt* tem a ver com relação, conexão, realidade objetiva. O fundamento da argumentação de Lotze, é um fundamento ontológico. Ao invés, as ideias de *situações* ou de *estados* que figuram na tradução não tem a ver com o original.

O conceito original - sempre na sua forma alemã - *Sachverhalt*, é usado por Husserl na sua obra *Formale und transzendentale Logik* (1981) e por Wittgenstein no seu *Tractatus logico-philosophicus* (1964), ao qual recorre muitas vezes. Na *vulgata* o termo usado por Wittgenstein, *Sachverhalt*, é traduzido impropriamente como *estado de coisas*, *state of affairs*: a tradução correta é aquela dada por Ogden, e aprovada pelo próprio Wittgenstein, *fato atômico*, isto é, a *unidade simples*, aquilo que acontece, *was ist der Fall*, *what is the case*, *cioè che fa al caso*. Fatos, na linguagem de Wittgenstein: *Tatsachen*, são o mundo; mas aqueles fatos estão no espaço lógico, não podem ser confundidos com aquilo que na linguagem comum se diz: circunstâncias ou situações: na

proposição 1.13 se lê: *die Tatsachen im logischen Raum sind die Welt*, os fatos no espaço lógico são o mundo. E na proposição 1.11: *die Welt ist durch die Tatsachen bestimmt und dadurch dass es alle Tatsachen sind, o mundo é determinado por fatos e por serem esses todos os fatos*. E, ainda, a proposição 2.01: *Der Sachverhalt ist eine Verbindung von Gegenständen. (Sachen, Dingen), o fato atômico é uma combinação de objetos (Entidade, coisa)*.

O que interessa em Wittgenstein nesta primeira parte do *Tractatus*, é delinear uma ontologia, isto é uma teoria dos objetos, os quais são a substância do mundo, aquilo que permanece, enquanto a suas configurações são contingentes. A substância subsiste independentemente daquilo que acontece: a proposição 2.024 diz: *die Substanz ist das, was unabhängig von dem was der Fall ist, besteht, a substância é aquilo que subsiste independentemente daquilo que acontece*. E devido *die Welt ist alles was der Fall ist, o mundo é tudo o que acontece e, como diz a proposição 1.12: die Gesamtheit der Tatsachen bestimmt was der Fall ist und auch, was alles nicht der Fall ist, a totalidade dos fatos determina tudo aquilo que acontece e também tudo que não acontece*, se compreende o significado do atomismo lógico: ele se conecta imediatamente com o plano lógico-linguístico: o problema da ontologia consiste na determinação das possibilidades de uma sintaxe. Os fatos, por Wittgenstein, é bom repeti-lo, estão no espaço lógico do mundo. E isso que se chama estado de coisas, é um *fato atômico*. De frente a questão que lhe foi posta por Russel em 1919 sobre a diferença entre *Tatsache* e *Sachverhalt*, Wittgenstein respondeu que *Sachverhalt* corresponde a uma proposição elementar, se ela é verdadeira, enquanto *Tatsache*, o fato, corresponde ao produto lógico de proposições elementares (se são verdadeiras). Wittgenstein sustentou que a função do pensamento consiste em aclarar a essência da proposição; isto é, fazer manifesta a essência de todos os fatos cuja a imagem é a proposição.

Diferentemente de fato, ou de *fato atômico*, o que é traduzido como *estado de coisas* ou *state of affairs*, deriva conceitualmente do alemão *Sachlage*, mas também de *Zustand* e próximo ao conceito de *situação*, um termo também difundido no pensamento do neopositivismo.

Depois destas breves considerações sobre o significado e sobre o porte epistemológico dos termos, é o caso de recordar que há também um conceito

estritamente sociológico de fatos: por Durkheim (1919), que era desaparecido alguns anos antes da elaboração do *Tractus*, a sociologia é ciência dos fatos sociais : é ciência, isto é, das normas, dos valores, das instituições culturais, da morfologia da sociedade; os *fatos sociais* são construídos de significados que têm solidez diferentes, diferente consistência, diferente duração, isto é estabilidade social.

Em seguida, os *fatos* têm uma função relevante no interior das teorias institucionalistas do direito, de Hauriou até Santi Romano, mas aqui retornamos no âmbito de uma ontologia social do direito: os *fatos* são considerados como unidade elementar produtores de direito. Os *fatos*, no singular, tiveram uma longa carreira também nas teorias da *natureza do fato* sobre as quais escreveu páginas muito interessantes Alessandro Baratta (1968). Aqui chegamos à necessidade de distinguir entre *fatos* e *coisas*. Mas esta é uma história totalmente diferente.

Dois juristas, um de formação lógica, Ota Weinberger, e, outro de formação analítico-linguística, Neil MacCormik, retomando o conceito de *institutional facts*, como conceito central da sua ideia de uma teoria neo-institucionalista do direito, segundo a qual a complexa tipologia dos fatos que se estende dos *brute facts*, aos *fatos linguísticos*, encontra nos fatos institucionais o resultado estável, o condensado semântico duradouro, resistente ao tempo, da qualificação jurídica dos eventos.

Tornamos a Wittgenstein: a sua construção corre de fundamentos da lógica à sua ausência no mundo. É possível - não obstante as diferenças e a distância - que também os supremos juízes procedam em um modo correspondente? Wittgenstein tinha bem claro o fato que as *ditas proposições lógicas mostram a propriedade da linguagem e então do mundo, mas não dizem nada*. Mas ele havia também lúcida clareza sobre o fato que *tudo aquilo que vemos poderia ser também ser diverso; tudo aquilo que possamos contudo descrever poderia ser diverso*, como escreve na proposição 5.634 do *Tractus*. Para os supremos juízes, todavia, não é assim. O que são para eles os *fatos*? E o que são os estados de coisa?

Os *fatos* não são realidade objetiva, assim como os estados de coisa: tanto uns quanto os outros são construídos por observadores. E quem observa deve poder dizer como constrói um fato, qual é a distinção que utiliza e qual é a outra parte daquilo que indica como fato. Os fatos históricos, por exemplo, são construídos pela reflexão histórica, a qual isola, determina, delimita, qualifica e interpreta aquilo que separou

como fato. Os fatos históricos são resultado da atividade de construção seletiva de sentido que é realizada pela historiografia. A história é um contexto de interpretação, não uma sequência de fatos. Os fatos são eventos aos quais foi atribuído sentido, mas os fatos mesmos são de uma atividade seletiva de atribuição. Sem esta atividade, os eventos circulariam livres, privados de sentido: apenas a seletividade do processo de atribuição lhe transforma em elementos de conexão que produzem sentido. Os fatos, eventos aos quais é atribuído sentido na comunicação social, são constructos que resultam da qualificação de sentido. De consequência, aquilo que se indica como *sequência de fatos* é resultado de complexos processos de seleção e atribuição de sentido que utilizam a temporalidade para construir, por sua vez, complexas conexões de sentido: quanto mais alta é a complexidade da sua estrutura, tanto mais alta é a seletividade que torna possível a concatenação de eventos de resistir à diferentes causalidades do ambiente no qual eventos individuais são produzidos. Sem aquela causalidade, cairiam no recíproco isolamento e romperiam a conexão que lhes mantém unidos. A consistência dos fatos, a coerência das conexões, a resistência das sequências causais, tudo isto surge da complexa atividade seletiva através das quais se atribui sentido e os eventos se transformam em elementos de uma estrutura.

Então, o problema é: qual é o caráter da estrutura: E: qual estrutura? Também os supremos juízes usam este termo: eles afirmam, na verdade, que as questões sobre as quais se deve decidir têm o caráter de *litígios estruturais*. Ainda uma vez vem em mentem uma proposição do *Tractatus*, a proposição 6.4321, na qual se diz, precisamente: *os fatos pertencem todos apenas ao problema, não à solução*.

4. Estruturas

Estrutura não pode ser confundida com substância, natureza, fundamento, dado objetivo: estrutura não qualquer coisa que possa ser indicada com estes instrumentos conceituais que pertencem à velha ontologia. Nem mesmo quando se refere a *estrutura social* ou *litígios estruturais*, o conceito de estrutura pode ser confundido com algum daqueles instrumentos. Estrutura é uma conexão de operações as quais, através de uma contínua referência a si mesmas, se estabilizam, isto é determinando a estabilidade de

lhes faz possível. Elas se diferenciam do exterior e, assim, adquirem estrutura: enquanto operações da estrutura, podem atingir níveis diversos de sensibilidade em relação ao seu ambiente: podem aprender do ambiente, isto é podem reconstruir o ambiente no seu interior interpretando-o. Aquela operações, assim, estabilizam a sua estrutura, tornando-a resistente em relação à ameaças do ambiente. Como se vê, estrutura é uma estabilidade que se transforma continuamente, que usa como informação suas próprias operações e deste modo se faz continuamente instável. Uma estrutura de operações feita assim constituída se adapta ao ambiente, tende a atingir níveis de complexidade adequada à complexidade do ambiente.

Nós consideramos a sociedade como estrutura universal da comunicação social; também o direito, dado que não está fora da sociedade, é uma estrutura deste género.

Isso de que os juízes supremos se ocupam, os *litígios estruturais*, são questões às quais interessam, precisamente, a estrutura da sociedade, a estrutura do direito, a estrutura da política. Se deve logo precisar, contudo, que assim como os fatos e estados de coisa, não são entidades que existem na natureza e nem mesmo entidades objetivas, mas são constructos do observador, do mesmo modo, o carácter estrutural das questões depende da estrutura que observa. Em outros termos, não há uma realidade objetiva, mas uma realidade da observação, isto é uma estrutura seletiva a qual observa como realidade aquilo que vê. Podemos precisar ulteriormente o conceito e afirmar que uma estrutura, isto é uma conexão de operações, *usa como realidade o constructo de suas observações*.

Ora, como dizia Saramago⁸, esta história pode ser contada também de um outro modo. Podemos dizer tudo isto em outros termos.

A situação do cárcere no Brasil. Uma situação explosiva, violenta, brutal. Não existem adjetivos que possam exprimir plenamente a situação carcerária no país. A política sustenta um encarceramento em massa. A opinião pública é favorável a um encarceramento de massa. A polícia pratica o encarceramento de massa. As proporções podem ser confrontadas apenas com Estados Unidos, China e Rússia. O encarceramento de massa pratica o seu recrutamento nas periferias (De Giorgi, 2018, pp. 39-47); em larga medida nas *favelas*, nas quais a contiguidade com o crime organizado torna impossível subtrair-se à violência dos reais titulares do poder de instaurar ordem

⁸ Na introdução de seu maravilhoso *Levantado do chão*, Lisboa: Editorial Caminho 1980.

pública; nas periferias nas quais é impossível observar ordenamentos jurídicos externos em relação às normas impostas da intimidação de quem vive a solidariedade comunitária. Em uma cidade grande como o Rio, se pode ser recrutado porque é jovem ou de cor e porque no fim de semana desceu em direção à zona sul da cidade. Em uma cidade como São Paulo se pode ser recrutado porque é morador de rua. Ou em uma cidade como Porto Velho se pode ser recrutado por habitar a zona sul ou leste ou, ainda, naquela condição, por estar desavisadamente no centro ou na zona oeste. Em qualquer parte do país se pode ser "detido" (fermati) pela polícia sem que o Ministério Público seja informado. Se pode restar no cárcere, detido, sem que o juiz da "audiência preliminar" (audiência de custódia) convalide a prisão. A prisão se transforma normalmente em estado de encarceramento sem intervenção da magistratura. Se pode permanecer por tempo ilimitado em espera de julgamento. Se pode permanecer no cárcere também depois que são expirados os termos da custódia cautelar. Se pode permanecer no cárcere sem que o juiz da execução da pena efetue nenhuma averiguação e nenhum controle. Se pode ser recluso em um cárcere no qual a polícia penitenciária não efetua controle sobre o deslocamento de prisioneiros. Se pode ser enviado para um cárcere no qual uma parte é ocupada por membros da organização a qual pertence o prisioneiro e uma outra ocupada pela associação criminosa rival. Se pode fazer de modo que algumas zonas internas do cárcere sejam impenetráveis. Se pode fazer de modo que uma banda ocupe o espaço da outra e exija sua vingança. Pode acontecer que por dias inteiros a polícia não entre no cárcere onde acontece uma guerra entre facções. Apenas para ilustrar, tomemos como exemplo a rebelião do presídio Urso Branco em Porto Velho, onde por dias de novembro do ano 2000, literalmente, cabeças rolaram no pátio daquele presídio.

Esta realidade não há o caráter da necessidade, não é uma realidade objetiva, não é estrutural no sentido que é uma realidade dada como natural, como se acreditava que fosse a velha natureza das coisas. Ela é estrutural no sentido que interessa a estrutura do direito, as suas organizações através das quais o direito entra em contato com seu ambiente: o aparato judiciário, a administração pública, a organização da segurança pública, a organização penitenciária. Mas aquela realidade é estrutural também no sentido que interessa à forma da diferenciação social e, assim, à forma da inclusão e exclusão.

Se um observador observa as organizações do direito através da distinção direito e não direito, ou então através da distinção e conforme ao direito e em violação do direito, dirá que as operações que adquirem estrutura naquelas organizações do direito são todas colocadas na parte da violação do direito; se trata de violação do direito positivo, do direito vigente, das normas do código de processo penal, das normas de segurança pública, dos regulamentos. O olhar do observador se poussa sobre uma ilegalidade difusa (Vasconcelos, 2017), sobre uma generalizada violação do direito, sobre um horizonte de violações do direito que adquire estabilidade e assim estrutura. O observador verá que as organizações do direito agem em base a uma violação molecular do direito que contaminam a tal ponto a rede de operações que o direito mesmo se transforma em uma ameaça para o ambiente. 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.

A estrutura da sociedade, nas suas periferias, que constituem o ambiente privilegiado para o recrutamento dos prisioneiros para o cárcere, apresenta a forma da diferenciação ainda estratificada. As periferias são a base da estratificação; nelas a exclusão, que as tece, tem a função de realizar uma integração estreita, uma rede de dependências que são substitutos funcionais de outras formas da inclusão que não encontram espaço nas periferias. As organizações do direito, tratadas como ameaça à integração, agem seletivamente sobre periferias que constituem a real ameaça à diferenciação funcional da sociedade que se realiza no sistema do direito de qual elas são, precisamente, organizações.

Se estas são características das estruturas, então se compreende o significado real de litígio estrutural⁹.

Conclusão

Por que os supremos juízes não se ocupam do litígio estrutural das organizações do direito? E por que não se ocupam do litígio estrutural das periferias da sociedade?

⁹ Se veja o interessante artigo *O ponto a que chegamos* di Eliana Sousa Silva, *O Globo*, 09.02.2018: *Política de segurança pública no estado é pautada pela ideia de que vivemos numa guerra e, portanto, existe um exército inimigo: moradores de favelas e periferias*

Por que não declaram que o estado de coisas inconstitucional é o aparato judiciário? Ou a periferia da sociedade? Como todos os observadores, também os supremos juízes observam através do uso de distinções: quais são as distinções que eles usam? Aquilo que não é conforme o direito, como pode observar qualquer observador, é a aplicação do direito: é este o primeiro nível do *estado de coisas inconstitucional*. Mas neste nível os sujeitos da ação, os atores, como se diz no linguajar do direito, podem ser identificados: e o fato que os atores não sejam identificados, não sejam perseguidos, até o ponto que ilegalidade torna-se prática *normal*, isto é, torna-se uma questão estrutural, não significa que o caráter de inconstitucionalidade seja uma característica de estados de coisas externos e, como veremos, externo em relação ao direito.

Do mesmo modo, no entanto, se pode dizer que, até quando as organizações do direito operam na violação do direito, a declaração de *estado de coisas inconstitucional* não poderá ter nunca qualquer eficácia. E, de fato, parece que a única eficácia de uma assim feita declaração seja produzida nos confrontos do sistema político, o qual não havia efetuado a transferência dos fundos previstos para o sistema penitenciário. Isto, porém, não interrompe a circularidade do estado de coisas: restam as organizações do direito como primeira fonte de produção da inconstitucionalidade.

Aquilo que não é plausível é a circularidade da argumentação dos supremos magistrados: os quais presumem que a violação dos direitos humanos ocorra pela simultânea ação de fatores externos ao direito e assim têm que a ativação do direito possa repristinar um suposto estado constitucional. Outra observação, o uso de outras distinções teria tornado possível construir outras realidades, muito mais plausíveis porque não teriam produzido a mesma circularidade.

Ainda uma vez, a lúcida reflexão do *Tractatus*, a proposição 6.1261: *in der Logik sind Prozess und Resultat äquivalent (Darum keine Überraschung)*, na *lógica processo e resultado são equivalentes* (por isso nenhuma surpresa). O resultado é imanente à argumentação.

Resta uma última consideração. E restam as periferias como lugar privilegiado do recrutamento de destinatários da ação de inconstitucionalidade. As periferias às quais nos referimos são as periferias da sociedade, são os lugares sociais da estratificação, isto é, os lugares de conservação das estruturas nas quais se reproduzem a resistência à modernidade. São os lugares da exclusão e nas quais a forma tipicamente

moderna da diferenciação social não apenas não são a forma prevalente, mas encontra violentas resistências à sua afirmação. Estes lugares da sociedade coexistem no espaço e operam na simultaneidade com os lugares nos quais operam sistemas sociais que são especificados em base à função, isto é, lugares nos quais a modernidade da sociedade moderna atingiu níveis evolutivos muito altos. Ora, é propriamente a racionalidade da sociedade moderna, a racionalidade imanente à forma da diferenciação de seus sistemas, economia, política, direito - é mesmo esta racionalidade a estrutura que reforça as diferenças, que estabiliza e expande as desigualdades, que materializa a exclusão.

Ora, os direitos humanos têm a função de assegurar os requisitos que estabilizam a diferenciação tipicamente moderna da sociedade. Eles permitem substituir à honra que a estratificação reservava à poucos, pela dignidade que pertence à todos; substituir a diferença na natureza de cada indivíduo, pela igualdade de todos; ao privilégio de poucos, pelo igual acesso de todos à comunicação social; à exclusão, pela inclusão de todos; ao analfabetismo, pela alfabetização; à violência, pelo direito; à escravidão, pela livre prestação do trabalho; à exploração, pela certeza de relações de civilização; à forma, pela satisfação das necessidades. Nos lugares da sociedade nos quais a forma da modernidade no se afirmou, não há espaço para a função dos direitos humanos. Não há espaço porque não há espaço material para modernidade, não opera nenhum dos substitutos funcionais que apenas indicamos.

Se a argumentação dos supremos juízes tem um sentido, este poderia ser declarar as periferias da estratificação, os lugares da exclusão, os lugares da resistência à modernidade, como o real estado de coisas inconstitucional.

No *Tractatus* à proposição 6.1262, a qual segue imediatamente aquela que apenas citamos, podemos ler: *a demonstração na lógica é só um meio mecânico para reconhecer mais facilmente a tautologia onde esta é complicada.*

Referências bibliográficas

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

BARATTA, Alessandro. *Natura del fatto e giustizia materiale*. Milano: Giuffré, 1968.

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

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

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

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

Colômbia. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 025 - 2004. Disponível em (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm> (Acesso em: 15 de julho de 2017)).

DE GIORGI, Raffaele. **Periferias da Modernidade**. In: Revista Direito Mackenzie, São Paulo, 2017, Vol. 11, N. 2, pp. 39-47. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/issue/view/562> (Acessado em: 12 de fevereiro de 2018). Trad. de Diego de Paiva Vasconcelos. (DOI:10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v11n2p39-47).

DE GIORGI, Raffaele. **Por Uma Ecologia Dos Direitos Humanos**. In: Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.324-340, jan./jun. 2017, pp. 324-346. Tard. Diego de Paiva Vasconcelos. (DOI: 10.12662/2447-6641oj.v15i20.p324-340.2017).

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

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

DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique* (1894). Paris: Alcan, 1919.

HUMAN RIGHTS WATCH - HRW, **Relatório O Brasil atrás das grades**. Editado por Joanne Mariner, 1997-1998, disponível em: <http://pantheon.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/sistema.htm> (Acessado em: 09 de fevereiro de 2018).

HUSSERL, Edmund. **Formale und transzendente Logik. Versuch einer Kritik der logischen Vernunft**. 2ª ed. Berlin: de Gruyter, 1981.

WITTGENSTEIN, Ludvig. **Tractatus logico-philosophicus**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, Werkausgabe Bd. 1. 1989 (London: Kegan Paul 1922);

LOTZE, Rudolf Hermann. **Logik**. Leipzig: Hirzel 1880 (2ª ed.); cfr. Nikolay Milkov, *Lotze's Concept of "state of affairs"*, Prima Philosophia 15(2002), pp. 437-450.

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

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

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

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

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

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

VASCONCELOS, Diego de Paiva. **A (dis)funcionalidade do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI); estrutura da decisão e os limites funcionais do direito**. In:

Conpedi Law Review, 2017, pp. 285-306, Braga: Disponível em <http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/view/480> (Acesso em: 10 de fevereiro de 2018). (DOI: 10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2017.v3i2.480).

Sobre os autores

Raffaele De Giorgi

Professor titular de Teoria Geral do Direito, Sociologia do Direito e Filosofia do Direito da Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Salento, em Lecce, Itália. É também diretor do Centro di Studi sul Rischio, fundado em parceria com o sociólogo alemão Niklas Luhmann. Professor Visitante da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Professor Visitante no Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, Deutschland (2001-2004), Wilhelms Universität Münster, Humboldt Stiftung, Deutschland (2000; 1996; 1991; 1983- 84); Universität des Saarlandes – Institut für Rechts- und Sozialphilosophie, Saarbrücken, Deutschland (1972-1979). Conduz estudos e seminários na América meridional, onde desenvolve estudos e preside a Cátedra de Excelência na Universidade Nacional Autônoma de México (1997-98); entre os anos de 2007 e 2011, foi Diretor da Faculdade de Jurisprudência, até que em 2011 foi nomeado diretor de Departamento dos Estudos jurídicos da Universidade de Salento, Itália. É um dos maiores estudiosos italianos na Teoria dos Sistemas Sociais, tendo trabalhado com Niklas Luhmann e publicado em parceria a Teoria da Sociedade, no ano de 1992. CV: <http://lattes.cnpq.br/4016976622773136>. E-mail: raffaeledegorgi@gmail.com.

Diego de Paiva Vasconcelos

Professor assistente de Direito Constitucional do Departamento de Ciência Jurídicas da Universidade Federal de Rondônia - DCJ/UNIR. Aluno do Doutorado em Direito do PPGD da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ. Bolsista PDSE - CAPES - Visiting Researcher na Università Del Salento (Ita). Membro do Centro di Studi sul Rischio (Ita). Membro do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Amazônia - CEJAM (Br). CV: <http://lattes.cnpq.br/5892231067274303>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-7419-2242>. E-mail: diego@unir.br.

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.