

Santi Romano

# O ORDENAMIENTO JURÍDICO

*Tradução de Arno Dal Ri Júnior*

FUNDAÇÃO  
**BOITEUX**

I

A NOÇÃO DE ORDENAMENTO JURÍDICO

## 1 O direito em sentido objetivo frequentemente concebido como norma. Insuficiência de tal concepção

Todas as definições do direito que foram dadas em sentido objetivo têm, sem nenhuma exceção, um elemento comum que representa o *genus proximum* ao qual o conceito se reduz. Estas concordam entre si ao afirmar que o direito constitui uma regra de conduta,<sup>1</sup> se bem diverjam, ora a mais, ora menos, ao esclarecer a *differentia specifica* pela qual se deveria distinguir a norma<sup>2</sup> jurídica das demais.

<sup>1</sup> Nos últimos tempos este ponto de vista foi, por assim dizer, exacerbado até as últimas conseqüências, em vários sentidos e por várias partes. Prescindindo dos trabalhos realizados em particular por Duguit, nos quais todo outro momento jurídico se resume e é quase anulado na "règle de droit" (v. *L'État, le droit objectif et la loi positive*. Paris, 1901. p. 10 ss., assim como os escritos posteriores), ver, por exemplo, KEISEN, H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen, 1911, cujo entendimento é salientado já no título da obra [na literatura mais recente que será aqui citada, teve-se contestações a tal concepção vindas de vários lados e em vários sentidos].

<sup>2</sup> Utilizamos de modo indiferente a palavra "norma" e a palavra "regra". É importante notar afim de que sejam evitados equívocos, que, na literatura alemã, surgem quando se entra em controvérsia sobre a questão de saber se o direito seja constituído somente por normas (v. por exemplo THON, A. *Rechtsnorm und subjektives Recht*. Weimar, 1878. p. 1 ss., 8; BIERLING, E. R. *Juristische Prinzipienlehre*. Vol. I. Leipzig, 1894. p. 30 ss.; WINDSCHEID, B. et KIPP, T. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. I. Leipzig, 1906, § 27; ENNECCERUS, L. *Lehrbuch der bürgerlichen rechts*. Marburg, 1911, I, p. 27 [= na 13. edição, 1931; ecc.], a palavra "Norm" não recebe o significado que utilizamos, de "regra", mas o de "comando" ou "proibição", ou seja, de "imperativo". Trata-se, deste modo, da questão, que aqui não nos interessa, acerca do caráter "imperativo" do direito. Na Itália, segue a mesma terminologia, BRUNETTI, G. *Norme e regole finali del diritto*. Torino, 1913, § 5 ss. A respeito do direito como regra, observa JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*<sup>2</sup>. Berlin, 1914. p. 332 [as edições posteriores não sofreram modificações seja neste, seja nos outros pontos aqui citados]: "*Kein Streit herrscht darüber, dass das Recht aus einer Summe von Regeln für menschliches Handeln besteht*" ("Não é contestado que o direito consista em uma soma de regras relativas à ação humana").

O primeiro e mais importante escopo do presente trabalho é o de demonstrar que tal modo de definir o direito, mesmo não sendo inexacto, ao menos de um certo modo e para certos fins, não deixa de ser considerado inadequado e insuficiente em si e por si, e que, conseqüentemente, é necessário completá-lo com outros elementos que freqüentemente não são levados em conta e que, ao contrário, parecem ser essenciais e característicos. Que o direito se apresente também como norma e que seja necessário apreciá-lo também sob este aspecto; que, de resto, tal perspectiva seja freqüentemente suficiente, além de necessário, em particular no que concerne às finalidades da prática cotidiana; são razões que juntamente a outras explicam porque, na análise desta definição abstrata não tenhamos ido além da categoria das normas. Mas isso, como é natural, não exclui que se possa e que se deva superá-la, salientando outros aspectos mais fundamentais e, sobretudo, antecedentes do direito, tanto pelo ângulo das exigências lógicas do conceito, quanto pela exata avaliação da realidade em que o direito se manifesta.

## 2 Alguns indícios gerais desta insuficiência; em particular aqueles que têm a sua provável origem nas definições correntes do direito

A melhor e mais convincente demonstração desta tese será oferecida, naturalmente, pelo conjunto do nosso trabalho se conseguirmos esclarecer ou resolver uma série de problemas concernentes a vários ramos do direito que, até agora, permanecem obscuros ou insolúveis. No entanto, antes disso, não será inútil aduzir algumas provas e também alguns indícios indiretos da insuficiência das definições comuns.

Entre estes últimos, é necessário listar os que seguem.

Em primeiro lugar, o fato de que todos falam e confessam que o conceito de direito ainda não é perfeitamente claro.<sup>3</sup> Tal sentimento não pode advir somente das divergências que se encontram na doutrina, porque elas não são nem numerosas, nem graves. Esta última, perfeitamente unân-

<sup>3</sup> Também hoje, salienta RADBRUCK, G. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1914. p. 30 [não mais na 3. edição de 1932, intitulada *Rechtsphilosophie*], têm valor as palavras decisivas de Kant: "Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht".

nime<sup>4</sup> no reduzir o direito à categoria das normas, distingue as normas jurídicas das outras segundo várias fórmulas que, freqüentemente, só diferem na aparência. Este sentimento parece vir da intuição, fosse ela vaga e distinta, de que todo o problema não é delimitado de um modo conveniente e que uma resolução satisfatória não pode ser obtida a não ser que se modifiquem os seus mesmos termos.

Em segundo lugar, é um sintoma relevante o fato de que, enquanto uma definição exata do direito se reputa necessária não somente para as disciplinas mais abstratas, como a filosofia e a teoria geral do direito, também para as disciplinas jurídicas particulares a definição comum pouco ou nada serve a estas últimas.

Na verdade, ao determinar os princípios, seja do direito público, seja do direito privado, mas, sobretudo do primeiro, chegou-se já a tal ponto de coordenação e de subordinação, um do outro, que esses parecem diretamente e indiretamente descendentes da concepção geral do direito, e que variam, ao menos de posição e de perspectiva, com o variar desta última. As mais profundas divergências que a determinação delas suscita indicam de modo claro qual é o ponto central e fundamental que seria necessário ter como referência. Quem possui algum conhecimento dos problemas mais importantes de, por exemplo, direito internacional, direito constitucional ou direito eclesiástico, sabe muito bem que na maioria das vezes a discussão destes, entre aqueles que os resolvem de modos diferentes, torna-se inútil, até mesmo impossível, devido à falta de um ponto de partida certo. E sem dúvida — como já foi salientado em outras ocasiões<sup>5</sup> —, este ponto é a definição do direito. Aquela de onde implícita ou explicitamente se parte pode até mesmo ser pacífica, mas não serve ao objetivo devido ao fato de somente conter elementos indiferentes e indiferenciados.

Ainda possui um notável significado a origem, ao menos provável, das atuais definições do direito. Estas foram elaboradas ou através do

<sup>4</sup> Prescindimos daqueles particularíssimos pontos de vista, estes também, de resto, significativos, pelo qual consideramos vã "a esperança de encontrar o *quid proprium* do direito, o seu momento específico, ou a sua definição tão cara à generalidade dos filósofos". Veja, neste sentido [entre outros], MAGGIORE, G. *Il diritto e il suo processo ideale*. Palermo, 1916. p. 59 ss. [deste autor, ver, contudo, os escritos posteriores que serão citados a seguir].

<sup>5</sup> Para o direito internacional, v. ANZILOTTI, D., na *Rivista di diritto internazionale*, VII, 1913. p. 567, para o direito eclesiástico, ver por último DEL GIUDICE, V. *Il diritto ecclesiastico in senso moderno*. Roma, 1915. p. 20 ss.

direito privado, que posteriormente as impôs aos outros ramos, ou por pontos de vista que não conseguiram superar os que eram próprios de tal disciplina. Definições, na realidade, que em relação a esta última parecem ser muito mais úteis do que em outros campos do direito. E mesmo no direito privado, como veremos, tais questões ganhariam muito se partissem de um conceito mais refinado de direito, mas é impossível negar que, na maior parte dos seus princípios e dos seus problemas, não se sente a necessidade de conceber o direito de outro modo que não seja como norma. Em alguns ramos do direito público não é assim. Este não é, como se sabe, o único exemplo das consequências danosas produzidas pelo fato de que muitos conceitos gerais comuns ao direito público e ao direito privado foram considerados unilateralmente pela ciência deste último, enquanto a ciência do primeiro não existia ou se encontrava em um estágio inferior de desenvolvimento. Muito tardiamente estes conceitos tiveram de ser retomados, corrigidos e completados, levando em consideração uma série de elementos novos. Quem conhece este difícil, mas importantíssimo procedimento de integração e correção de conceitos que antes eram exclusivamente de direito privado – iniciado na Modernidade pelos estudiosos do direito público –, facilmente intuirá a necessidade de realizar um procedimento análogo para esta definição do direito a qual, vale ressaltar, o direito público e a filosofia do direito importaram de olhos fechados do direito privado.

No que concerne a tal definição é necessário considerar o que existe de verdadeiro – e é muito – na antiga e também na recente constatação de que o direito é principalmente público, naquilo que tem de crucial e, quase, se diria, de mais essencial. Não que deva ser aprovada a moderníssima corrente doutrinária que, exagerando esta verdade, nega a distinção entre direito público e direito privado.<sup>6</sup> Mas este último é, sem dúvida, uma simples especificação do primeiro, uma das suas formas ou orientações, um dos seus ramos. O direito privado não só depende do direito público, que é necessário para a sua tutela e constitui sua raiz e seu tronco, como também é continuamente dominado por ele, mesmo que, algumas vezes,

<sup>6</sup> Ver especialmente WEYER, F. Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystem. *Archiv für öff. Recht.* XXIII 1908, p. 529 ss.; KEISEN, H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre.* Op. cit., p. X, 268 ss.; WEYER, F. Ueber zwei Hauptpunkte der Keisenschen Staatsrechtslehre. *Zeitschrift für das priv. u. öff. Recht.* XL, 1913, p. 397 ss.; KEISEN, H. *Zur Lehre von öffentlichen Rechtsgeschäften.* XXXI (1913), p. 55 ss.; WEYER, F. Zum Unterschiede zwischen öffentlichen u. privatem Recht. *Oesterr. Zeitschrift für öff. R.*, I, 1914, p. 439 ss.

de modo silencioso.<sup>7</sup> Se isto é exato, pode-se deduzir que os elementos do conceito geral de direito devem ser extraídos mais do direito público do que do direito privado. Isso significa que é necessário adotar um procedimento inverso ao que prevaleceu até hoje: não, contudo, até o ponto de forjar uma definição de direito que, retirada da análise exclusiva do direito público, poderia deixar de servir ao direito privado, repetindo os inconvenientes que aqui deploramos. Em outras palavras, é necessária uma definição geral do direito verdadeira e completa, que leve em conta elementos que até agora não foram, por assim dizer, valorizados, propondo-se não somente o objetivo teórico, mas também prático, de servir a todos os ramos especiais do direito, se é verdade que este, seja mesmo não único nas suas manifestações, pode todavia se reduzir a um conceito único.

Para confirmar e complementar o que foi observado, pode-se ainda dizer que freqüentemente os juristas formaram uma noção do direito que não vai além do direito que se aplica ou que se leva em consideração nos tribunais.<sup>8</sup> Ora, do ponto de vista do juiz, é natural que o direito seja somente uma regra, ou melhor, uma regra de decisão. E, partindo do pressuposto de que a proteção judiciária, que antes era quase exclusiva do direito privado, não existe nem mesmo hoje para grande parte do direito público – parte que pode ser a fundamental –, chega-se a explicação de como o direito se configurou tendo em vista as normas de decisão das controvérsias de direito privado.

<sup>7</sup> Conforme as observações de PETRONE, I. *Il diritto nel mondo dello spirito.* Milano, 1910, p. 134 ss., às quais porém não aderimos devido ao fato de se ligarem à concepção estritamente estatal do direito. Ver, em sentido análogo, COVIELLO, N. *Manuale di diritto civile italiano*.<sup>2</sup> Vol. I. Milano, 1915, § 6 [4. edição, 1929]. Mesmo na doutrina mais antiga não faltam afirmações que procedem da mesma perspectiva. Deste modo, por exemplo, P. ROSSIDIZIA que o direito civil é um capítulo cujo princípio se encontra no direito constitucional. A opinião diametralmente oposta (ocultada por diversos escritores, algumas vezes utilizada para assuntos especiais, e explicitamente formulada por RAVÀ, A. *Il diritto come norma tecnica.* Cagliari, 1911, p. 102), que afirma ser o direito privado somente o verdadeiro direito, enquanto as relações de direito público não seriam intrinsecamente jurídicas, pode ser explicada somente na linha do que dissemos no texto: que a definição comum do direito, da qual se parte, é essencialmente formulada se referindo ao direito privado, e, por isso, em certo sentido exclui o direito público do seu âmbito conceitual. É, então, uma opinião que pode servir para confirmar a necessidade de rever tal definição do ponto de vista público.

<sup>8</sup> Recordar-se o dito de Maitland, para quem escrever a história das ações inglesas seria o mesmo que escrever a história do direito inglês. E, conforme, as observações de EHRLICH, E. *Der praktische Rechtsbegriff.* In: *Festschrift für E. Zitelmann.* München u. Leipzig, 1913, p. 8 ss.

### 3 Necessidade de distinguir as normas jurídicas do ordenamento jurídico analisado enquanto unitário. Impossibilidade lógica de definir este último como um conjunto de normas

Existem também argumentos mais diretos e substanciais que demonstram a necessidade de rever o conceito de direito.

As inexatidões nas definições de idéias muito abstratas freqüentemente são geradas e perpetuadas pela indeterminação das palavras que a estas correspondem, pela pobreza da linguagem, que não fornece vocábulos distintos para distingui-las das outras afins. Deste modo, talvez também por esse motivo, quando se afirma que o direito é norma de conduta, não se percebe que a palavra "direito" é na realidade usada em vários significados, dos quais seria necessário salientar a diferença, e que, ao contrário, nem se suspeita que exista.

Em um primeiro significado, se entende por direito uma ou mais normas determinadas – uma lei, um costume, um código e assim por diante – considerando-as cada uma em si ou mesmo agrupando-as materialmente, segundo o seu objeto comum, a sua fonte, o documento que as contém, ou outros critérios mais ou menos extrínsecos e particulares. Neste caso, a definição comum parece perfeitamente exata.

Freqüentemente, porém, entende-se por direito algo não somente mais amplo, mas também substancialmente diferente. Isso se verifica quando diz respeito a todo o ordenamento jurídico de uma ente: quando, por exemplo, se fala do direito italiano ou francês, do direito da Igreja católica etc. abraçando cada um na sua respectiva totalidade. Então, é necessário recorrer a um expediente para sustentar a definição geralmente adotada: o de conceber cada um destes ordenamentos como um conjunto ou um sistema de normas. É, no entanto, um procedimento que parece contrário às leis da lógica em matéria de definição e que, pela mesma razão, está bem longe de espelhar a realidade.

É evidente que se queremos definir todo um ordenamento jurídico não podemos levar em consideração somente às suas partes individuais ou aquelas que assim se creem, ou seja, as normas que ali estão compreendidas, para depois dizer que este é o conjunto destas partes, mas é necessário chegar ao ponto que as caracterizam, a natureza deste conjunto ou deste todo. Isso seria desnecessário somente se fosse admitido que um determinado ordenamento jurídico nada mais é do que a soma aritmética

de várias normas, do mesmo modo que uma lei, um regulamento, um código – em uma perspectiva material e extrínseca – são somente uma sucessão de determinados artigos, que podem ser adicionados entre eles. Se, ao contrário, admitimos, como é certo, que um ordenamento jurídico no sentido dito não é a soma de várias partes, sejam estas ou não simples normas, mas uma unidade entre si – e uma unidade, note-se bem, não artificial ou obtida através de um procedimento de abstração, mas concreta e efetiva – deve ainda ser reconhecido que este ordenamento é algo de diferente dos elementos materiais que o compõem. Ainda melhor, deve ser considerado o fato de que não é possível ter um conceito adequado das normas que nele estão compreendidas sem antepor o conceito unitário desse. Do mesmo modo, não é possível ter uma idéia exata dos vários membros do homem ou das rodas de uma determinada máquina se não se sabe antes o que é o homem ou o que é aquela máquina.

### 4 Como algumas vezes tenha sido intuída a unidade de um ordenamento jurídico

A necessidade de considerar um ordenamento jurídico como uma unidade, no sentido já mencionado, foi muitas vezes salientada.<sup>9</sup> Ela se tornou uma espécie de lugar comum na formulação das teorias sobre a interpretação das leis. Mas é estranho o fato de ela nunca ter sido explorada e levada até as suas consequências lógicas no que diz respeito à definição do direito. Justamente por isso – o que não deve ser negligenciado –, esta necessidade ficou pouco mais do que uma afirmação e, freqüentemente, como uma simples intuição, uma idéia vaga, nebulosa e quase incompreensível mesmo em tais teorias que, ainda assim, constroem sobre ela alguns dos seus princípios fundamentais. De fato, estas teorias não se limitam a salientar que o ordenamento jurídico é um sistema de normas concatenadas logicamente entre si, não obstante o fato de se formar por pedaços e de possuir imperfeições. Tal fenômeno poderia ser explicado de modo muito simples através da intenção dos órgãos

<sup>9</sup> Veja, entre outros, PEROZZI, S. Precetti e concetti dell'evoluzione giuridica. In: *Atti della società italiana per il progresso delle scienze*. V. riunione. Roma, 1912. p. 13 ss. Veja também REDENTI, E. Intorno al concetto di giurisdizione. In: *Scritti in onore del Simoncelli*. Napoli, 1916. p. 5. [v. recentemente GIANNINI, M. S. *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*. Milano, 1939. p. 111 e autores *ivi*. cit., e além desses, a obra de minha autoria *Principii di diritto costituzionale generale*. Milano, 1945, cap. VI, § 71.

legislativos, os quais, ao emanar uma lei, não só sabem que esta se une às precedentes, assim como contam com aquela espécie de amalgama que a interpretação<sup>10</sup> se constitui. Muitas vezes, contudo, se vai além deste conceito, e não parece que seja somente com escopo de colorir-lo e de dar a ele imagens mais vivas, mas sim para trazer a discussão um outro conceito substancialmente diferente. Deste modo, por exemplo, se fala de uma vontade, de uma potestade, de uma *mens*, de uma força própria do ordenamento jurídico, diferente da força que as normas individuais possuem e independente também da vontade do legislador que as emanou. Afirma-se que o ordenamento constitui um "todo vivo", um "organismo", que possui "força própria, mesmo que latente, de expansão e de adaptação", sobre a qual se fundamenta a admissibilidade da analogia.<sup>11</sup> É notório que, para os adeptos da "interpretação evolutiva", esta vontade autônoma do ordenamento jurídico poderia se transformar sem que nele fossem incorporadas novas normas, bastando somente a mutação do ambiente social em que deve ser aplicada.

Ora, à parte os exageros tão freqüentes nesta matéria – mas que mesmo assim são significativos –, os conceitos que, como afirmamos, se tornaram lugares comuns, evidentemente não podem ser considerados como sutis artifícios ou como intrigas dos juristas, inclinados a colocar nuvens e a circundar de mistérios o fundamento do seu ofício de intérpretes. Tais conceitos, ao contrário, são intuições justas – que porém precisam ser demonstradas – de que a natureza de um ordenamento jurídico não se demonstra totalmente e não pode ser compreendida enquanto se tenha em exame somente às várias normas que dele fazem parte, negligenciando a unidade que constitui. Esta unidade do ordenamento é algo de diferente das normas, e, ao menos até um certo ponto, independente. O fato desta unidade como tal não ter sido demonstrada explica, concomitantemente, como de modo freqüente se atribui significado inexacto ao princípio da "expansão lógica" das normas. Isso explica também as opiniões igualmente inadmissíveis de quem<sup>12</sup> acreditou poder destruir totalmente este princípio sem preservar o elemento de verdade que contém.

<sup>10</sup> Veja, sobre este ponto, as observações de THUR. V. *Der allgemeine Teil des d. bürgerlichen Recht*. I Berlin, 1910. p. 37 ss e, também, p. XI.

<sup>11</sup> Ver, por exemplo, COVIELLO, N. *Op. cit.*, § 28; MACELI, V. *Principii di filosofia del diritto*. Milano, 1914, § 135; as citações no mesmo sentido poderiam ser multiplicadas sem nenhuma dificuldade.

<sup>12</sup> Veja, por exemplo, STAMPE, E. *Rechtsfindung durch Konstruktion*. *Deutsche Juristen-Zeitung*, X (1905), e, de um certo modo, também DONATI, D. *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*. Milano, 1910, *passim* e especialmente p. 126 ss.

## 5 Como um ordenamento jurídico não seja somente um conjunto de normas, consistindo também em outros elementos

Parece que podemos e devemos ir mais longe. Até o presente momento afirmamos que a definição do direito não coincide com a definição das normas que nele estão compreendidas, mesmo admitindo a hipótese de que no direito somente seja possível encontrar as normas como elementos essenciais. Agora assumamos que esta hipótese, que poderia ser considerada como um pressuposto pacífico de todas as definições do direito, seja contrária à realidade. Conseqüentemente, afirmaríamos que tais definições apresentam o vício de não serem – pelas razões que mencionamos – verdadeiras, ou seja, não são exatas do ponto de vista lógico, deixando indeterminado justamente o que deveriam esclarecer, possuindo também o vício, bem mais grave, de partir de um postulado totalmente errôneo.

Acreditamos que este assunto possa ser demonstrado de diferentes modos.

Antes de tudo, será útil apelar para a experiência geral ou, melhor, ao significado que a expressão ordenamento jurídico traz espontaneamente consigo. Neste sentido, quando se fala, por exemplo, do direito italiano ou do direito francês, não é verdade que se venha à mente só uma série de regras ou que se apresente à imagem das filas de livros que constituem as coletâneas oficiais de leis e decretos. Aquilo a que os juristas pensam, e ainda mais os não juristas – que ignoram as definições do direito que mencionamos –, é algo mais vivo e animado. É, em primeiro lugar, a complexa e diversificada organização do Estado italiano ou francês; os numerosos mecanismos e engrenagens, as relações de autoridade e de força que produzem, modificam, aplicam, fazem respeitar as normas jurídicas, sem se identificar com essas. Em outras palavras, o ordenamento jurídico, desta maneira amplamente entendido, é uma entidade que por um lado se move conforme as normas, mas, sobretudo, por outro, ele mesmo as move quase como se elas fossem peões em um tabuleiro de xadrez. Deste modo, elas representam mais o objeto e o meio da atividade do ordenamento, do que um elemento da sua estrutura.<sup>12 bis</sup> Sob determinadas perspectivas é possível afirmar que as normas coincidem com os traços essenciais de um ordenamento jurídico, quase que por reflexo. Algumas normas podem tam-

<sup>12 bis</sup> [Adere a esta minha observação SCHMITT, C. *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburg, 1934. p. 24].

bém variar sem que os traços mudem, assim como, freqüentemente, a substituição de determinadas normas por outras é mais o efeito do que a causa de uma modificação substancial do ordenamento. Não convém, contudo, antecipar a demonstração deste conceito, que será retomado mais adiante e dele extraído as conclusões.

## 6 Como tais elementos sejam implicitamente postulados pela maior parte das pesquisas sobre as características específicas do direito

Será necessário, no entanto, que permaneçamos em um terreno mais concreto e relativamente mais cômodo, utilizando alguns argumentos que nos são fornecidos pelas várias tentativas de estabelecer uma diferença entre a norma jurídica e as outras afins. Ninguém gostaria de afirmar que estas tentativas tenham dado resultados satisfatórios. Tal fenômeno poderia nos levar a supor a existência de um erro no modo como o problema é freqüentemente colocado. Erro que poderia ser o seguinte: tendo sido admitido o postulado de que o direito seja somente norma, se procurou o caráter ou as características específicas da norma jurídica, mas esta indagação não pode levar até a noção de direito justamente porque este não se resume todo e sempre em normas. O resultado foi que se procurou resumir um problema que possui uma dimensão mais ampla, acreditando-o equivalente a um outro, que, ao contrário, é mais limitado. Disso advém uma série de soluções e expedientes que parecem ajudar a esclarecer a nossa tese. De fato, as soluções que foram propostas, mais uniformes na sua aparente variedade do que se poderia supor, têm em comum o fato de, sem se dar conta, procurarem as características que diferenciavam a norma jurídica em elementos estranhos ao conceito de norma. Assim fazendo, essas tentativas contradizem o postulado do qual se originam e, mesmo não querendo, afirmam que este o direito não é norma.

Não será inútil examinar, de tal ponto de vista, a opinião muito difusa de que o direito se diferencia das outras normas principalmente devido às suas características "formais". Já esta expressão por si mesma deveria fazer refletir, enquanto, evidentemente, menciona algo que está fora da norma jurídica, que constitui o seu invólucro ou o seu aspecto extrínseco. Faz com que fique sempre para ser meditado o porquê o direito deveria ser

definido mais pelas suas vestes, do que pela substância das normas que o compõem. A rigor de tal fenômeno se deveria deduzir que o direito não é a norma, mas sim o que envolve esta última e nela imprime um determinado aspecto. Mas não insistamos neste tipo de considerações, ainda mais que a palavra "forma" é daquelas que se prestam múltiplas interpretações<sup>13</sup> (ver, mais adiante, o parágrafo 14). Vejamos quais seriam estas "características" formais.

Podemos prescindir de algumas dessas, seja porque não exista unanimidade ao listá-las como tais, seja porque deveremos, em outros desses nossos estudos, examiná-las de uma perspectiva mais aprofundada. Basterá que analisemos duas de tais características, que, mesmo não sendo entendidas de igual modo, recebem o consenso unânime, ou quase, da doutrina. Trata-se daqueles que freqüentemente são colocados sob o nome de objetividade da norma e sanção jurídica.

## 7 Apreciação, deste ponto de vista, daquilo que se diz ser a "objetividade do direito"

Tendo por base a primeira destas duas características, se afirma que o direito é feito de normas retiradas da consciência daqueles que devem observá-las, sendo elas dotadas de uma existência própria e autônoma. Sem dúvida alguma o direito tem a sua raiz profunda nesta consciência, sendo projetado pelo seu íntimo e sendo um luminoso reflexo desta, mas ele a transcende, a supera e a ela se contrapõe. Normalmente os indivíduos se reconhecem entre si como associados e deste modo tendem à colaboração espontânea e ao respeito recíproco das suas liberdades. Mas, como é possível que venham a surgir divergências e contendas entre eles, é necessária a intervenção de uma consciência superior que seja o reflexo e representante a sua união. Esta consciência que encarna as razões da coexistência e do sistema em que os indivíduos se unem, que tem o papel de mediador nas relações entre elas e com o todo, que é como a encarnação do *eu social*, do *socius típico*,

<sup>13</sup> Ver DEL VECCHIO, G. *I presupposti filosofici della nozione del diritto*. Bologna, 1905. p. 173 [de fato, quando este autor, no ensaio *Moderne concezioni del diritto. Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1921. p. 6, objetiva, no que concerne a minha observação, que as características formais do direito são as suas características essenciais porque *forma dat esse rei*, diz algo muito exato, mas usa a palavra "forma" com um significado filosófico que não é precisamente o que me refiro no texto].



abstrato, objetivo, é o direito que expressa. Desta advém a "posição formal" do direito, que se define como o reino da objetividade.<sup>14</sup>

Do ponto de vista lógico isso implica no seguinte princípio: direito não é ou não é somente a norma posta, mas sim a entidade que a põe.<sup>15</sup> O processo de objetivação que dá lugar ao fenômeno jurídico não se inicia com a emanração de uma regra, mas no momento anterior. As normas são somente a manifestação de tal fenômeno, uma das suas várias manifestações, um meio através do qual se afirma o poder daquele *eu* social que há poucos falamos. Não existe nenhuma razão para considerar que *eu*, social seja um termo *a quo* do direito.<sup>16</sup> Este é o próprio direito, sendo a norma somente a sua voz ou, melhor, uma das vozes, um dos modos com que este atua e alcança o seu fim. A sua existência e a sua estrutura, que marcam ao máximo grau a objetividade que se afirma como própria e característica do direito, devem ser entendidos na linha que circunscreve a fronteira de um ordenamento jurídico. A objetividade das normas é somente

<sup>14</sup> Vide a obra de PETTRONE, I. *Il diritto nel mondo dello spirito, passim*, e do mesmo autor, o escrito precedente: Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto. *Rivista italiana di scienza giuridica*, XXXII, 1897, p. 367 ss. Vide, ainda, MICELI, V. *La norma giuridica*. Palermo, 1906, p. 197 ss.; MICELI, V. *Principii di filosofia del diritto*. Op. cit., § 54. CROCE, B. *Filosofia della pratica*. Bari, 1915, p. 323 ss. [5. edição, p. 307 ss.], conforme à sua tese, que afirma a redução do direito à economia, põe, deste modo, em uma única categoria as normas sociais, como aquelas que o indivíduo dita a si mesmo se posto um programa: ele anula, assim, os elementos formais do direito que seriam fornecidos pela objetividade e pela sanção, e que representariam conceitos empíricos que não poderiam ser utilizados por nenhuma filosofia. Não é esta a ocasião para avalizar a teoria de Croce: somente é necessário salientar que ela, ao negar a autonomia do conceito de direito de uma perspectiva exclusivamente filosófica, que elide em uma categoria mais ampla, não pode servir de base para quem deve, ao contrário, afirmar a existência e a autonomia daquele conceito, mesmo em sentido empírico. Em outras palavras, qualquer que seja o valor filosófico de tal doutrina, não possui e não quer possuir nenhum valor para ciência jurídica propriamente dita, que não pode certamente deixar de modelar um conceito do direito, sem renegar a si mesma. Sobre a "intimidade" de toda autoridade e da toda lei, que não faltaria "nem mesmo no foro interno da pessoa, que se diz individual", vide também GENTILE, G. I fondamenti della filosofia del diritto. *Annali della Università toscana*. Pisa, 1916, p. 39 ss.

<sup>15</sup> Deste modo observou, partindo da teoria que fundamenta a obrigatoriedade do direito sobre o reconhecimento dos associados, que tal reconhecimento se refere não tanto à norma como tal, quanto à autoridade da qual emana: ver, ANZILOTTI, D. *Corso di diritto internazionale*. Roma, 1912, p. 27. Vol. I, [p. 42 na 3. edição, 1928; p. 32 da edição alemã: *Lehrbuch des Völkerrechts*. Berlin, 1929, Vol. I].

<sup>16</sup> Algumas objeções particulares à vista que nos parece exata foi sugerida por uma perspetiva, que convirá mais adiante examinar. Vide, por exemplo, PETTRONE, I. *Il diritto nel mondo dello spirito*. Op. cit., p. 140 ss., e outros que citaremos a seguir.

um reflexo, muito mais frágil e algumas vezes absolutamente pálido, da objetividade de tal entidade, sendo que não se saberia nem mesmo defini-la sem ter esta última por referência. Não se afirma que a norma jurídica é objetiva somente por ser norma escrita ou por ser formulada com exatidão. Se fosse assim, ela não se diferenciaria das muitas outras normas suscetíveis a esta extrínseca formulação, além de que, por vezes são consideradas normas jurídicas algumas que em tal sentido não são totalmente precisas como, por exemplo, os costumes. O caráter da objetividade é aquele ligado à impessoalidade do poder que elabora e fixa a regra, ao fato de que este mesmo poder é algo que transcende e se eleva sobre os indivíduos, que se constitui ele mesmo direito. Se prescindirmos desta concepção, o caráter da objetividade perde o seu significado ou, pior ainda, implica em erros.

Tanto é verdade que não só podem ser imaginados abstratamente, mas também são historicamente fornecidos, como é notório, exemplos de ordenamentos jurídicos em que não se encontram normas escritas ou mesmo normas não escritas, no sentido apropriado do termo. Foi dito muitas vezes ser possível conceber um ordenamento em que não haja lugar para a figura do legislador, mas somente para a do juiz. Trata-se de um expediente sugerido pela nossa mentalidade moderna, mas que não corresponde à realidade, o dizer que neste caso o juiz, ao mesmo tempo em que decide o caso concreto, submete ao seu julgamento particular a norma que preside. A verdade é, ao contrário, que este último pode ser fundamentalmente no que chamamos de justiça do caso particular, na equidade ou em outros elementos que são bem diferentes da norma jurídica. Esta última, por sua natureza, visa uma série ou classe de ações, sendo consequentemente abstrata e geral. Se é assim, o elemento jurídico, na hipótese mencionada, não deve ser buscado na norma, em que está ausente, mas no poder, no magistrado que expressa a consciência social objetiva através de meios diferentes daqueles que são próprios de ordenamentos mais complexos e evoluídos.

De resto, quem admite, como é a opinião que está se difundindo, que o direito objetivo não seja feito somente de normas que tenham o requisito da generalidade, mas também de preceitos individuais e concretos, deve também admitir que estes preceitos sejam considerados como normas ou que o direito seja composto, além de normas, por outros elementos. Ora, nos parece claro que a norma é tal enquanto é geral e abstrata, e que parecem vãs e sedutoras as tentativas de ampliar o seu conceito até fazer com que nele entrem as prescrições ou, melhor, certas prescrições especiais. Jus-

to por esta razão que é freqüentemente mal colocada a famosa questão de direito constitucional sobre se a lei "material" deve ser geral. Coloca-se o postulado, na nossa opinião errôneo, de que a lei em sentido próprio ou substancial contém somente normas jurídicas, e, depois, se dá de frente com o dilema insolúvel: se o caráter de lei deve ser negado a certas prescrições que evidentemente constituem direito em sentido objetivo ou se deve ser entendido como norma o que, de modo evidente, não o é.<sup>165b</sup>

No final das contas, sempre se torna ao mesmo ponto de partida. A chamada "objetividade" do ordenamento jurídico não pode ser reduzida e limitada às normas jurídicas. Refere-se e se reflete também sobre essas, mas parte sempre de um momento lógica e materialmente anterior às normas e, algumas vezes, ou melhor, freqüentemente, alcança momentos que não podem ser identificados e confundidos com aqueles que caracterizam as normas. O que equivale a dizer que as normas são ou podem ser uma parte do ordenamento jurídico, mas estão bem longe de esgotá-lo.

## 8 E do elemento "sanção"

O outro elemento "formal" do direito, ou seja, a sua sanção — que para alguns é o único elemento formal característico<sup>17</sup> —, dá lugar a considerações análogas. Aqui não é o caso de mencionar as muitas questões relativas ao sentido da palavra sanção, e, conseqüentemente, à oportunidade de substituir tal palavra por qualquer outra que forneça melhor o conceito: se é possível falar de um caráter obrigatório irrefragável do direito; se tratando de uma coação ou, como alguns preferem dizer, co-atividade; se, ao contrário, como acreditamos, basta uma simples garantia direta ou indireta, imediata ou mediata, preventiva ou repressiva, segura ou somente provável. E, portanto, incerta, já que é, em certo sentido, pré-ordenada e organizada no mesmo edifício do ordenamento jurídico. Somente é necessário salientar que ao se afirmar que o direito é norma munida de sanção, independentemente da forma como essa seja entendida, mesmo parecendo que geralmente se acredite o contrário, não pode significar que o direito seja

uma norma somada a uma outra norma que ameaça sanções. Se fosse assim, se deveria necessariamente deduzir que esta última não é um elemento necessário e essencial do direito. De fato, foi possível chegar a esta conclusão através de quem obteve todas as conseqüências lógicas daquela premissa. Substancialmente, foi assim que se raciocinou. Segundo a opinião dominante, um preceito seria jurídico somente se fosse somado a esse um outro, para proteger o direito criado pelo primeiro. Formalmente estes diferentes preceitos podem se encontrar unidos, mas, substancialmente, são distintos. Eles dão lugar a dois direitos, em sentido subjetivo, dos quais um é primário ou principal, e, o outro, é secundário ou acessório, e por isso não advém da mesma norma.<sup>18</sup> No entanto, para que o segundo preceito possa ser qualificado como jurídico, deveria estar acompanhado de um terceiro, e o terceiro de um quarto, e assim por diante. Deste modo, necessariamente se chegará ao momento em que faltará o preceito complementar, tendo-se, por isto, uma norma jurídica sem sanção.<sup>19</sup> Na verdade este raciocínio, em si mesmo justo — mas que foi feito para negar que a sanção seja elemento necessário do direito —, na nossa opinião somente demonstra que a sua premissa não possui fundamento e, por isso, pode ser muito bem utilizado. Acreditamos, de fato, que a sanção possa não ser objeto de uma norma específica. Pode, ao contrário, ser imanente e latente nas engrenagens do aparelho orgânico que constitui o ordenamento jurídico considerado no seu todo; também pode ser força que atua de modo indireto, uma garantia efetiva que não dá lugar a algum direito subjetivo estabelecido por qualquer norma; freio inato e necessário do poder social. Pode-se então dizer que apresentar a sanção como um elemento do direito é afirmar, mesmo não querendo, que o direito não consiste unicamente em normas jurídicas, e que estas são ligadas, ou melhor, suspensas, por outros elementos de onde advém toda a sua força. Deste modo a sanção, ou seja, estes outros elementos, bem longe de serem algo complementar, acessório às normas, as precedem, formando a base na qual fundamentam as suas raízes, sendo necessário, no definir o direito, analisá-los antes mesmo do que as próprias normas.<sup>19bis</sup> Tendo por referência somente estas últimas, se deve con-

<sup>165b</sup>

<sup>165b</sup> Para uma formulação mais clara e em parte diferente destes conceitos, ver a obra de minha autoria *Principii di diritto costituzionale*. Op. cit., capítulos VII, § 2, números 2 e 3; XI, § 1 nº 10j.

<sup>17</sup> Ver especialmente JHERING, R. *Das Zweck im Recht*. Leipzig, 1893, 3.ª p. 435 ss.

<sup>18</sup> Sobre este ponto ver ANZILOTTI, D. *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*. Firenze, 1902, p. 61, em nota, e os autores ali citados.

<sup>19</sup> TRIPPEL, H. *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig, 1899, p. 103 ss.

<sup>19bis</sup> Entre aqueles que agora aderem a estes conceitos, veja AGO, R. *Lezioni di diritto internazionale*. Milano, 1943, p. 24 ss. j.

cluir negando, como foi salientado, que a sanção seja um elemento do direito. E não se deve parar no meio da estrada, como algumas vezes aconteceu, ou seja, admitir tal elemento atribuindo a ele um caráter extrajurídico. De fato, já que seria lógico procurar um elemento essencial do direito fora do direito, tal opinião<sup>20</sup> necessariamente se resume naquela que exclui a sanção das características do direito. Este modo de ver é, de qualquer modo, significativo enquanto alerta que, concebendo o direito como norma, conforme a opinião comum, a sanção fica preclusa deste, devendo-se dar a ela um outro lugar (ver conforme o ponto 22).

## 9 A expressão "ordenamento jurídico"

O significado excessivamente literal que freqüentemente é dado à expressão "ordenamento jurídico" poderia criar alguma dificuldade para a tese que até agora delinhamos como uma crítica às teorias dominantes e que agora convirá demonstrar com argumentos mais positivos. Esta expressão, de fato, traz à mente a idéia de regras e de normas, fazendo com que não se possa facilmente imaginar um ordenamento que não se reduza integralmente a tal idéia. A dificuldade não é, contudo, como se vê, substancial, mas é extrínseca e quase exclusivamente verbal. Como foi constatado, é uma daquelas dificuldades geradas pela imprecisão e pela pobreza da linguagem, que são causas de inexactidão nas definições de conceitos muito abstratos. Para eliminá-la, bastaria substituir a palavra "ordenamento" por qualquer outra, que não trouxesse – assim insistentemente e, por assim dizer, inveterado hábito mental –, a idéia de norma, mesmo sem excluí-la. O que seria, por outro lado, não menos insensato.

## 10 Os elementos essenciais do conceito do direito. O direito como instituição e o direito como preceito

O conceito de direito deve, na nossa opinião, conter os seguintes elementos essenciais:

<sup>20</sup> Sobre esta (MARINONI, M. *La responsabilità degli Stati per gli atti loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*. Roma, 1914. p. 35 ss.) retornaremos mais adiante: § 22.

- a) Antes de tudo, levar ao conceito de sociedade. Isso em dois sentidos que se completam mutuamente: aquele que não sai da esfera puramente individual – que não supera a vida do indivíduo como tal – não é direito, (*ubi ius ubi societas*)<sup>21</sup> e, ainda, não existe sociedade no sentido verdadeiro da palavra sem que nessa se manifeste o fenômeno jurídico (*ubi societas ibi ius*). Esta última proposição pressupõe um conceito de sociedade, que é absolutamente necessário salientar. Deve-se entender por sociedade não uma simples relação entre os indivíduos, como seria, por exemplo, a relação de amizade, ao qual é estranho qualquer elemento jurídico,<sup>22</sup> mas uma entidade distinta dos indivíduos que a compõe, que constitui mesmo formal e extrinsecamente uma unidade concreta. E deve se tratar de uma unidade efetivamente constituída. Tanto para tomar um outro exemplo, uma classe ou um estamento de pessoas não organizado como tal, mas determinado por uma simples afinidade entre as mesmas pessoas, não é uma verdadeira sociedade. Sobre este ponto, será necessário insistir posteriormente.

- b) O conceito de direito deve, em segundo lugar, conter a idéia da ordem social: isso serve para excluir todo elemento que possa reconduzir ao puro arbítrio ou à força material, ou seja, não ordenada. Tal princípio, de resto, é somente um aspecto do anterior, ou melhor, deve ser entendido nos limites de um corolário deste último: toda manifestação social, somente devido ao fato de ser social, é ordenada ao menos no que diz respeito aos seus consócios.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Sobre a opinião de CROCE, B. *Filosofia della pratica*, p. 323 [5. edição, p. 307 ss.], veja o que consta na página 18. Também ROSMINI, A. *Filosofia del diritto*. Miliano, 1841. p. 146-147. Vol. I., tinha excluído "da noção de direito em gênero não o conceito de sociedade, mas aquele de real co-existência", mas isso no sentido de considerar suficiente uma "co-existência possível", fazendo com que o indivíduo pudesse sempre ser considerado "em uma relação hipotética com outros seus símiles possíveis". [De resto, a concepção de que o direito não seja essencialmente ligado a uma forma qualquer de sociedade reaparece, como se sabe, continuamente, mesmo na literatura mais recente, mas é concepção que, mesmo querendo julgá-la do ponto de vista filosófico, implica em uma noção do direito que não é aquela do direito positivo da qual o jurista deve partir].

<sup>22</sup> Que também nas relações como a amizade não fálte o elemento da autoridade que advém da estima, da reconhecimento íntimo etc. (GENTILE, G. *Op. cit.*, p. 47 ss) naturalmente não impede de diferenciar esta sociedade em sentido amplo das outras em sentido estrito, em que se produz o fenômeno jurídico.

<sup>23</sup> Como é possível constatar, não analisamos a questão que se quer elaborar na filosofia sobre as relações gerais entre o direito e a força, e nem mesmo nos ocupamos do aspecto particular do problema, que é subordinado aquele mais amplo da eticidade do direito, concenente às relações entre o chamado "direito justo" e o direito não justo, mas todavia coativamente imposto

- c) A ordem social posta pelo direito não advém da existência de normas de qualquer origem que disciplinam as relações sociais. Ele não exclui tais normas, mas se serve delas e as integra na sua órbita, sendo que, concomitantemente, vai além delas, superando-as. Isto significa que o direito, antes de ser norma, antes de se referir a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, atitude da mesma sociedade em que é vigente e que para ele se constitui como unidade, como um ser existente por si mesmo. Também este é um princípio do que foi acima observado para esclarecer e delimitar o tipo de sociedade em que se produz o fenômeno jurídico.

Sendo assim, o conceito que nos parece necessário e suficiente para fornecer em termos exatos aquele de direito enquanto ordenamento jurídico tomado no seu todo e unitariamente, é o conceito de instituição. Todo ordenamento jurídico é uma instituição e, vice-versa, toda instituição é um ordenamento jurídico. Existe entre os dois conceitos uma equação necessária e absoluta.

É por isso que, na nossa opinião, a expressão "direito" em sentido objetivo pode possuir um duplo significado. Pode designar, antes de tudo:

- a) Um ordenamento na sua completude e unidade, ou seja, uma instituição;
- b) Um preceito ou um conjunto de preceitos (normas ou disposições particulares) agrupados ou sistematizados de forma variada que, para diferenciá-los dos não jurídicos, chamamos de institucionais, salientando deste modo a ligação que possuem com todo o ordenamento, ou seja, com a instituição da qual são elementos, ligação necessária e suficiente para atribuir seu caráter jurídico.

Deveremos retornar a este ponto em outra ocasião. Neste momento nos interessa desenvolver somente o primeiro dos dois aspectos do direito, salientando o que aproxima o nosso conceito de direito da concepção comum, mas também o que os distancia. E, antes de tudo, é necessário tornar mais claro o significado que damos à palavra instituição, suscetível de ser entendida de diferentes formas.

## 11 Os precedentes doutrinários do conceito de instituição

Deve ser notado que enquanto na linguagem, não diremos vulgar, mas extra-jurídica, freqüentemente se atribui à palavra instituição um sen-

tido muito amplo, que se aproxima ao que nós utilizamos, sendo comuníssimas as expressões "instituições políticas", "instituições religiosas" e similares. Na terminologia técnica do direito, ao contrário, se partiu de um conceito muito limitado de instituição, e só recentemente este, pouco a pouco, foi ampliado e valorizado, sem todavia explorá-lo completamente.

Até alguns anos atrás, para os juristas, a instituição foi somente uma espécie do gênero "pessoas jurídicas". Há algum tempo tem servido de modo mais freqüente para designar as pessoas jurídicas que não se constituem como corporações. Conseqüentemente tal conceito só é encontrado na doutrina das pessoas morais do direito, e já que é notório tal doutrina ter sido desenvolvida por primeiro e mais amplamente no campo do direito privado, a idéia de instituição permaneceu infrutífera, ou quase, justo naquele terreno em que a sua utilidade é evidentemente maior, ou seja, o do direito público. Trata-se de um contexto que foi apenas temperado pela antiga tendência de considerar os entes morais como entes de interesse público. De qualquer modo, permanece sempre como verdade o fato de que a instituição sempre foi concebida, nem mais, nem menos, como pessoa jurídica. É necessário apenas alertar que não é neste sentido e nesta esfera tão limitada que analisaremos o seu conceito.

Nos últimos tempos, porém, surgiu na literatura alemã e na francesa, uma tendência a ampliar tal conceito, transportando-o para fora da esfera em que se desenvolveu. Na doutrina germânica, de *strafrecht*, ocasionalmente e no máximo a propósito das pessoas jurídicas. Na doutrina francesa, a noção se desenvolveu de modo mais autônomo ao se referir a muitos problemas do direito público, assim como a alguns do direito privado, mas nem sempre com uma elaboração rigorosa e precisa.

Neste sentido, se deve antes de tudo recordar a teoria<sup>24</sup> que encontra o substrato das pessoas jurídicas em uma organização e, conseqüentemente, põe o conceito desta última como um antecedente ao de pessoa jurídica. A organização ou instituição (*Einrichtung*) não seria um ente natural dotado de vida própria, mas sim um ente voltado a alcançar determinados escopos sociais, sendo pensado ou considerado como sujeito de direito. Mas fica nas sombras o que seria, pois, mais precisamente, esta organização, esta nova força social. Melhor ainda, se afirma que, se tra-

<sup>24</sup> Veja, sobre esta, FERRARA, F. *Teoria delle persone giuridiche*. Napoli, 1915, p. 315 ss., [e mais recentemente FERRARA, F. *Le persone giuridiche*. In: VASSALLI, F. (dir.). *Trattato di diritto civile italiano*. Torino, 1938, p. 27 ss.].

tando de um conceito elementar, é suscetível de uma análise ulterior.<sup>25</sup> Em todo caso, deve ser repetido que na doutrina germânica tal conceito foi aproveitado para esclarecer a noção de pessoa jurídica. A sua importância é, deste modo, para a nossa tese, somente indireta, se resumindo na afirmação de que no mundo do direito existem entidades (que não importa-nos se e como lhes é atribuída a personalidade), as quais não são puros organismos naturais, mas somente simples instituições, ou seja, organizações de pessoas (corporações) ou de outros elementos (fundações).<sup>26</sup>

Foi delineada no campo do direito administrativo alemão a figura da instituição pública (*Anstalt*), que não seria uma pessoa jurídica, mas um conjunto, uma unidade de meios, materiais ou pessoais, que nas mãos de um sujeito da administração pública são destinados a servir de maneira permanente a um determinado interesse público: o exercício, uma escola, um observatório, uma academia, os correios etc.<sup>27</sup>

Na França, Hauriou delineou em vários dos seus escritos e com modificações<sup>28</sup> posteriores um conceito mais amplo de instituição, afirmando que esta constitui, para todos os ramos do direito público, uma categoria geral apta a explicar muitos princípios, sendo, portanto, fecundada com notáveis aplicações.

Segundo este escritor, a instituição é uma organização social, ou seja, toda ordem permanentemente através da qual, no interior de um determinado grupo social, os órgãos que dispõem de um poder de dominação são col-

<sup>25</sup> BEHREND, *Die Stiftungen*. Marburg, 1905, p. 312 ss. Vol. I. Pode ser importante notar que este autor limita a figura das pessoas jurídicas somente ao campo do direito privado e, conseqüentemente, entre as instituições de que ele fala não estão compreendidas as públicas, que para nós são, ao contrário, as mais típicas.

<sup>26</sup> Sobre esta oposição entre organismos e organização, ver ENNECCERUS, L. *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. I. Marburg, 1911, § 96 (p. 231 ss. da 1. parte) [13. edição, 1931, p. 288].

<sup>27</sup> Ver, principalmente, MAYER, O. *Deutsches Verwaltungsrecht*. II, § 51; FLEINER, F. *Institutionen des D. Deutsches Verwaltungsrecht*. Tübingen, 1913, § 18 [8. edição, 1928, § 19].

<sup>28</sup> A última formulação, que o autor deu para a sua doutrina e à qual, conseqüentemente, nos atermos é aquela contida nos seus *Principes de droit public*. Paris, 1916, p. 41 ss [Posteriormente, Hauriou retornou ao assunto em diversos escritos: nas edições posteriores dos seus *Principes de droit public*; na *Théorie de l'institution et de la fondation*. Paris, 1925, e no *Précis de droit constitutionnel*. Paris, 1929. Sobre a doutrina de Hauriou, veja, entre outros, LEONTOVITSCH, I. *Die Theorie der Institution bei M. Hauriou*. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, XXIX-XXX, e LEONTOVITSCH, I. *La teoria della istituzione di Hauriou e il suo significato per il diritto costituzionale*. *Bollettino dell'Istituto di Filosofia del diritto della Reggia Università di Roma*, II, 1941, p. 85 ss.].

cados a serviço dos objetivos que interessam ao grupo, por meio de uma atividade coordenada com aquela do conjunto do grupo.<sup>N<sup>ST</sup></sup>

Deveria-se, na verdade, distinguir duas espécies de instituições: no que concerne as que pertencem à categoria das coisas inertes (por exemplo, um terreno, que é considerado por si mesmo no registro, uma rua vicinal etc.) e aquelas que, ao contrário, formam corpos sociais, ou seja, as instituições corporativas. Deste modo, sejam as primeiras, sejam as segundas, são individualidades sociais. Mas, no sistema jurídico, somente as instituições corporativas devem ser analisadas como figuras existentes por si mesmas, já que estas, diferentemente das outras, possuem uma autonomia. Isso implica que toda instituição deste gênero é uma verdadeira realidade social, uma entidade fechada, diferente dos indivíduos que dela fazem parte, possuindo uma personalidade própria ou, ao menos, sendo candidata à personificação. Esta entidade, conseqüentemente, pode ser considerada sob dois aspectos: da perspectiva das relações que possui com o mundo exterior, em que se salienta a sua individualidade subjetiva, a sua qualidade de pessoa jurídica; e, da perspectiva da sua vida interior, em que se descobre a sua individualidade objetiva. Este seu último aspecto, que se traduz na sua autonomia, faz da instituição corporativa uma fonte originária de direito ao produzir espontaneamente as três formas do direito: a disciplinar, a consuetudinária e a estatutária ou legal.

Este é o núcleo fundamental da doutrina de Hauriou, da qual, neste contexto, podemos mencionar somente os últimos desenvolvimentos, por serem necessários para justificar algumas breves observações críticas as quais nos interessa analisar.

O principal mérito do jurista francês é, na nossa opinião, ter colocado em primeira linha a idéia de reconduzir ao mundo jurídico o conceito de instituição entendido de um modo amplo, do qual até agora tínhamos somente traços. Estes, também, muito suaves, e menos presentes política e sociológica,<sup>29</sup> do que

<sup>N<sup>ST</sup></sup> No original de Santi Romano a citação consta em francês: "Tout arrangement permanent par lequel, à l'intérieur d'un groupement social déterminé, des organes disposent d'un pouvoir de domination sur mis au service des buts intéressant le groupe, par une activité coordonnée à celle de l'ensemble du groupe".

<sup>29</sup> Esta afirmação vale para a doutrina moderna, a qual nos limitamos, mas não para a doutrina mais antiga que, na ordem deste ponto, como a tantos outros, teve desenvolvimentos que são hoje erroneamente deixados a parte. Pode-se, por exemplo, recordar a análise do "systema" de HOBBS no capítulo 22 do *Leviathan*, e dos "entia moralia" de PUFENDORF, S., no capítulo I do *De iure naturae ac gentium*: estas entidades, diferentemente das físicas que se originam por *creatio*, se originariam por *impositio* (palavra que o tradutor francês, Barbeyrac, traduz por *institution*). Todavia deve ser observado que, dos *entia moralia* de Pufendorf, somente os "ad analogiam substantiarum concepta" podem se aproximar do sentido das nossas instituições.

na terminologia. Foi sem dúvida oportuno liberar tal conceito daquele de personalidade jurídica, que pode a este se sobrepor quando se verificam determinadas condições, podendo também estar ausente. Esta distinção era talvez mais nítida nas primeiras formulações que Hauriou tinha fornecido a sua teoria, mas também agora fica sempre notável o desenvolvimento dado por ele ao conceito de instituição analisado enquanto individualidade objetiva.

Parece que a figura da instituição possa, antes de tudo, ser delimitada com maior amplitude e ao mesmo tempo com maior precisão, e, em segundo lugar, que a sua essência, o seu traço fundamental, devam ser delimitados de modo diferente.

O nosso pensamento encontra-se exposto de um modo mais completo nos parágrafos que seguirem, mas, desde já, salientamos nos parecer injustificado o critério que Hauriou utilizou como base para limitar o conceito de instituição somente a uma espécie de organização social tendo alcançado um certo grau de desenvolvimento e de aperfeiçoamento. Além das instituições que ele qualifica por corporativas existem outras que podem, do mesmo modo, serem recebidas no sistema jurídico por possuírem uma existência própria e serem dotadas de autonomia relativamente ampla. Também não compartilhamos a opinião de que as instituições seriam somente entes organizados em forma constitucional e representativa; organizações cujos membros se vêm garantir uma liberdade que não sabemos em que sentido possa ser qualificada como liberdade... política, quando se trata, por exemplo, dos acionistas de uma sociedade comercial; organizações que realizaram uma descentralização e uma separação de poderes; que se inspiram no princípio da publicidade; e que, enfim, possuem um estatuto constitucional. Evidentemente, Hauriou foi levado pela idéia de moldar as suas instituições a imagem e semelhança da maior entre essas, ou seja, o Estado, ou, melhor ainda, o Estado moderno, enquanto se tratava de delimitar uma figura generalíssima, cujas características contingentes podem variar e variam, na realidade, infinitamente.

Além — e isso se vincula à nossa visão, que mencionamos e que convirá demonstrar mais positivamente — não acreditamos que a instituição seja fonte do direito, e que portanto este seja um efeito, um produto da primeira, mas acreditamos que entre o conceito de instituição e o de ordenamento, considerado no seu todo e integralmente, exista uma perfeita identidade. Mas não se podia chegar a este resultado, a não ser superando a doutrina tradicional que concebe o direito somente como norma ou conjunto de normas.

Hauriou, ao contrário, afirma que a instituição se “aproxima” a um conjunto de coisas, ou melhor, ela “é somente uma espécie de coisa; na

verdade é uma coisa ativa e uma espécie de mecânica”.<sup>294r</sup> Sem contar que tais expressões manifestam uma incerteza de pensamento e quase uma dúvida, deve ser observado que a tal concepção talvez se tenha chegado por via de exclusão, mais do que por argumentos diretos. Negou-se, justamente, que a instituição fosse uma pessoa jurídica, porque quando dotada de personalidade, seria somente o substrato desta última e, portanto, um seu pressuposto; nunca se pensou em identificá-la com o próprio ordenamento jurídico; e, deste modo, se apresentava espontânea, para não dizer necessária, a idéia de catalogá-la entre as coisas. Ora, mesmo que a denominação de *res publica*, com a qual os romanos designavam o Estado, ou seja, a instituição mais importante, possa dar um certo suporte a tal visão, é evidente que, se a palavra “coisa” é usada no seu significado jurídico preciso, certamente não fornece com exatidão o conceito de instituição, ou melhor, o anula como categoria em si; se é usada em outro sentido mais amplo, então não explica o mesmo conceito, porque fica a ser fixado qual deve ser este sentido. É verdade que Hauriou quis salientar o caráter objetivo da instituição, porém, este seu caráter não faz com que ela deva ser considerada como objeto, como *res*: a instituição é, na realidade, um ordenamento jurídico objetivo.<sup>295s</sup>

## 12 O nosso conceito de instituição e as suas características fundamentais: 1) a existência objetiva da instituição; 2) instituição e corpo social; 3) especificidade da instituição; instituições complexas; 4) unidade da instituição

Entendemos por instituição todo ente ou corpo social. A esta definição, simples e breve, é necessário, porém, um longo comentário.

<sup>294r</sup> No original de Santi Romano a citação consta em francês: “*r'est qu'une sorte de chose; à la vérité c'est une chose active et une sorte de mécanique*”.

<sup>295s</sup> Posteriormente, foram elaborados na doutrina francesa outros conceitos de instituição, diferentes, deste modo, daquele de Hauriou e do meu, e, de qualquer modo, partindo de pontos de vista que transcendem os escopos da indagação jurídica. Isso deve ser dito especialmente de RENARD, G. *Théorie de l'institution*. Paris, 1930; de DELOS, J. T. *La théorie de l'institution. Archives de philosophie du droit*, 1931; de GURVITCH, G. *L'idée du droit social*. Paris, 1932; e *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*. Paris, 1935. Sobre estes autores, vide, entre outros, BOBBIO, N. *Istituzione e diritto sociale. Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1936. Veja também DESQUEVRAE, A. *L'institution, le droit objectif et la technique positive*. Essai historique et doctrinal. Paris, 1923].

1) O ente de que falamos deve ter uma existência objetiva e concreta, e, por ser imaterial, sua individualidade deve ser exterior e visível: para apresentar melhor este seu caráter, dissemos-lo também "corpo" social.<sup>29er</sup> Isso implica que utilizemos a palavra instituição no seu significado apropriado e não no sentido figurado, como é bastante frequente. Deste modo, quando se fala na linguagem comum, por exemplo, da instituição da imprensa ou na linguagem técnico-jurídico, da instituição ou, frequentemente, do instituto da doação, da compra-e-venda etc., não se pensa em uma efetiva unidade social. No primeiro caso, se designa a manifestação idêntica de determinadas forças que na realidade são desunidas e frequentemente divergentes e, no segundo caso, das várias relações ou normas individuais que tendo em vista a figura comum das características típicas que apresentam, são reagrupados somente da perspectiva conceitual.<sup>30</sup>

<sup>29er</sup> [Não é sempre fácil verificar quando exista uma instituição com as características indicadas no texto. Existem casos limites: assim, quando se possuem organizações muito rústicas, como, por exemplo, aquelas constituídas por uma união de pessoas em fila para chegar a um guichê ou para entrar em um local, ou mesmo, aquelas organizações menos embrionais, mas todavia "no estado difuso" que idealmente unem com à observância de usos ou de outras regras comuns os amantes de jogos e de esportes, os cavalheiros que praticam normas da cavalaria, aqueles que seguem certos usos mundanos, etc. ... Sobre estas "instituições", ver CESARINI SPORZA, W. Il diritto dei privati. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1929. p. 55 ss. do extr., e La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto positivo. *Foro italiano*, 1928 (ver citados outros autores: Perrau, Huguet etc.); CALAMANDREI, P. Regole cavalleresche e processo. *Rivista di diritto processuale*, 1929, I, p. 145 ss. e em *Studi sul processo civile*. Padova, 1934. p. 1 ss. Vol. III. De qualquer modo, por mais que se queiram adotar critérios muito simples e pouco desenvolvidos de sociedade, não acreditamos que se possa chegar até encontrar o fenômeno jurídico em todos os "estados de convivência humana", como acredita, ao contrário, ORLANDO, V. E. Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e Stato. *Rivista di diritto pubblico*, 1929, e in *Diritto pubblico generale*. Scritti varii. Milano, 1940. p. 223 ss. com o título Stato e diritto (Ordinamento giuridico, regola di diritto, istituzione)].

<sup>30</sup> Algumas vezes, porém, foi fornecido um conceito de instituto jurídico que seria contrastante com o seu caráter de pura e simples abstração, se não fosse possível também supor que as expressões com os quais dele se falou tenham tido por intuito somente ser imagens plásticas do mesmo conceito. Ver, por exemplo, as observações de Jhering, no programa com o que iniciava a publicação dos seus *Jahrbücher für die Dogmatik* etc. (I, p. 10), que, enquanto pareciam excessivas para o instituto jurídico, poderiam bem se referir a nossa instituição: "*Die Gesamtnussse des Rechts erscheint jetzt nicht mehr als ein System von Sätzen, Gedanken, sondern als Inbegriff von juristischen Existenzen, so zu sagen, lebenden Wesen, dienenden Geistern. Wir wollen die Vorstellung eines juristischen Körpers beibehalten, da sie die einfachste und natürlichsten ist [...]*". Dir-se-ia que Jhering intuito as notas essenciais do direito que tentamos esclarecer, se bem as tenha procurado onde não poderiam ser encontradas.

2) Também afirmamos que a instituição é um ente ou um corpo social no sentido de que é manifestação da natureza social e não puramente individual do homem. Mas isso não significa que os homens ligados entre si sempre devem ser o substrato da instituição. Algumas destas advêm, de fato, entre outros seus elementos, de mais indivíduos, que podem coexistir ou mesmo se suceder mutuamente unidos por interesses comuns ou contínuos, ou mesmo, por um objetivo, por uma missão que seja seguida por eles. Mas existem instituições que possuem um substrato diferente. Elas consistem em um conjunto de meios, materiais ou imateriais, pessoais ou reais, destinados a servir permanentemente um determinado fim, a favor não de pessoas que pertençam às mesmas instituições, mas de pessoas estranhas, que são somente os destinatários e não os membros desta última. Neste caso, as instituições, como todas as outras, precisam de homens, são administradas e dirigidas por homens, mas não são, ao contrário, composta por homens. Para estes conceitos, podemos nos remeter, em linha geral e sem entrar em particularidades controversas que, do nosso ponto de vista, são indiferentes ao desenvolvimento que estes tiveram a propósito da teoria das pessoas jurídicas. A distinção que nesta se fez, entre corporações e fundações ou instituições em sentido estrito, assim como as subdivisões das duas categorias fundamentais, valem também para as instituições que se encontram privadas de personalidade. Esta última é uma qualidade que pressupõe que o ente tenha uma certa estrutura; mas, certamente, não é sobre tal critério que se fundamenta para distinguir as duas categorias supracitadas, as quais às pessoas jurídicas podem se refletir

[Outros, ao contrário, não distinguem ou confundem os dois conceitos, de instituto jurídico e de instituição no sentido de corpo social: é o caso de alguns escritores franceses citados na nota 29bis. CROCE, B. *Teoria e storia della storiografia*. Bari, 1917. p. 133 (5. edição, 1945. p. 133), fala de "institutos", entendendo esta palavra "em sentido latíssimo, ou seja, compreendendo nela todos os comportamento práticos dos indivíduos e das sociedades humanas, dos mais íntimos sentimentos aos mais vistosos modos de vida", o que naturalmente não interessa ao jurista, e, depois, fala de "instituições em sentido estrito [...] a família, o Estado, o comércio, a indústria, a milícia, e outros" atribuindo à palavra "instituição" um significado muito mais amplo que o de entidade ou corpo social, que, entre os exemplos por ele adotados, refere-se somente à família e ao Estado. ORESTANO, F. *Filosofia del diritto*. Milano, 1941. p. 103, 143, mesmo mantendo-se no âmbito do direito, confunde evidentemente os dois conceitos, o que impede-o de avaliar de modo exato a minha teoria].

somente enquanto elas são uma espécie de um gênero mais amplo, ou seja, o das instituições.

- 3) A instituição é um ente fechado que pode ser examinado em si e por si, justamente porque tem uma individualidade própria. Isso não significa que ela não possa ter relação com outros entes, com outras instituições, fazendo com que, de outra perspectiva, dessas faça parte mais ou menos integrante. Deste modo, ao lado das instituições simples, são freqüentes as instituições que podem ser ditas complexas, ou seja, instituições de instituições. Por exemplo, o Estado, que por si mesmo é uma instituição, é compreendido em uma instituição mais ampla, a comunidade internacional, sendo que concomitantemente ele compreende, por sua vez, outras instituições. Tais são os organismos públicos subordinados ao Estado, as comunas, as províncias, e seus diferentes órgãos administrativos; no Estado moderno o que se chama de "poderes" legislativo, judiciário e administrativo, enquanto unidades formadas por repartições ligadas entre elas; os institutos, cuja figura se delineou em especial no direito administrativo, como as escolas, as acadêmicas, os estabelecimentos de todo gênero e assim por diante. A autonomia das instituições não é necessariamente absoluta, mas pode ser somente relativa; ela é concebida em função de pontos de vista que podem variar. Existem instituições que se apresentam como perfeitas, que ao menos fundamentalmente, são suficientes a si mesma e possuem amplos meios para alcançar objetivos que lhes são exclusivos. Existem outras que são imperfeitas ou menos perfeitas, que se apóiam das mais variadas maneiras sobre outras instituições. Pode ser, de fato, que se trate de uma simples coordenação. Mas, algumas vezes, se está na presença de entes superiores que compreendem entes subordinados. Esta subordinação pode variar, dependendo do grau de integração das instituições que temos na estrutura daquela outra mais ampla, como advém para as repartições individuais ou institutos do Estado, ou mesmo, se são somente protegidas ou garantidas por esta última, como acontece no caso dos entes privados. Enfim, existem instituições que se afirmam em uma posição antagonista em relação às outras, que podem, por sua vez, serem consideradas também ilícitas, assim seriam os entes que se propõem um escopo contrário às leis estatais ou as igrejas cismáticas no que diz respeito àque-

las das quais se separaram. Sobre estes vários aspectos que as instituições podem apresentar, deveremos retornar de modo mais amplo a seguir. Por ora bastará tê-los mencionado de uma forma sintética, também para salientar a amplitude do conceito de instituição que formulamos.

- 4) A instituição é uma unidade fechada e permanente que não perde a sua identidade devido a alterações dos indivíduos que são seus elementos, das pessoas que dela fazem parte, do seu patrimônio, dos seus meios, dos seus interesses, dos seus destinatários, das suas normas e assim por diante. Ela pode se renovar conservando de modo imodificado a sua própria individualidade. Disso advém a possibilidade de considerá-la como um corpo isolado sem identificá-la com o que pode vir a ser necessário para lhe dar vida, mas que, dando-lhe vida, se amalgama nela.<sup>30bis</sup>

### 13 Equivalência dos conceitos de instituição e de ordenamento jurídico

Acabamos salientando, deste modo, os elementos essenciais da instituição, ou seja, aqueles que nos permitem indagar a sua essência, sobrevendo outros que mencionaremos a seguir. Em que consiste esta essência?

Existe uma palavra que até agora temos propositalmente evitado, que poderia parecer necessária e suficiente para esclarecer a natureza da instituição. Trata-se da palavra "organização". Não subsistem dúvidas quanto ao fato da instituição ser uma organização social. Vimos que as-

<sup>30bis</sup> Muitas vezes o meu conceito de instituição foi censurado por indeterminação. Neste sentido, entre outros, por ORLANDO, V. E. *Stato e diritto*. Op. cit., p. 250, e por último, por GUELLI, V. *Regime político e ordinamento del Governo*. Milano, 1942, p. 12 ss., nota 7. Não conseguimos dar razão a esta censura, que tem sido mecanicamente repetida por muitos. Para definir a instituição bastaria dizer que esta é uma entidade ou corpo social, omitindo todos os outros esclarecimentos que tenho trazido, já que todo jurista não pode deixar de ter o conceito de entidade ou corpo social, que é um conceito fundamental e, ao mesmo tempo, elementar, sem o qual não é possível entender outros que o pressupõem, como, por exemplo, os conceitos de família, de "entidade de fato", de pessoa jurídica, ao menos nas figuras que as pessoas jurídicas freqüentemente representam no direito moderno. E quando se quer esclarecer demais certos conceitos elementares, se consegue somente confundir-los].



sim se procurou definir aquelas que, entre as instituições, se constituem como pessoas jurídicas, declarando que não é possível analisar ulteriormente este conceito simples e elementar. Deixando de lado a desconflança verdadeiramente justificada que suscita um vocábulo do qual muito se abusou e que é freqüentemente utilizado para lançar um véu sobre o que não se sabe explicar ou esclarecer, deve-se observar (e isso é essencial para nós) que o conceito de organização não pode servir para o jurista enquanto não for reduzido a conceito jurídico. Para fazer isso não basta certamente parafrasá-lo ou mencioná-lo com outras palavras de significado idêntico ou afim. Falar de "*corpus mysticum*", de estrutura ou edifício ou sistema social, ou mesmo de mecanismo para diferenciar a organização do organismo natural, é utilizar uma terminologia que também pode ser exata, que pode servir para tornar imaginável e tangível a idéia, mas que não é jurídica e, conseqüentemente, mesmo podendo ajudar o jurista, não o libera da obrigação de substituí-la por uma outra que tenha ao mesmo tempo a forma e a substância necessárias para assumir aquele conceito no mundo que é o seu e que não é, ao contrário, o da sociologia.<sup>30er</sup>

<sup>30er</sup> Estas observações e as outras que seguem não foram levadas muito em consideração ou foram até mesmo mal entendidas por aqueles (veja, entre outros, BONUCCI, A. Ordinamento giuridico e Stato. Contributo alla teoria della definizione. *Rivista di diritto pubblico*, XII, p. 97 ss.; BOBBIO, N. *Op. cit.*, p. 35-36, em nota; CAPOGRASSI, G. Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici. *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1939, p. 6 ss.; ZICCARDI, P. *La costituzione dell'ordinamento internazionale*. Milano, 1943, p. 72 etc.) que consideraram que a minha indagação não seja jurídica, mas somente pré-jurídica, que seja sociológica, que não saliente a diferença entre o fato do ordenamento social e o ordenamento jurídico que este dá lugar, e assim por diante. Defendeu-me brilhantemente de tais críticas ORLANDO, V. E. Ancora del método in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano. In: *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*. Padova, 1940, p. 17 ss. Vol. I, concluindo que "as críticas levantadas se resumem no mais alto elogio já que confirmam aquilo que eu disse constituir uma incomparável qualidade do tratado de Romano, ou seja, ser um tipo perfeito de um método de indagação pertinente ao direito público geral". Por minha conta, afirmo que de modo preciso procurei incluir no mundo jurídico aquele fato do ordenamento social que geralmente era considerado antecedente do direito, procurando demonstrar que de tal erro advenham os defeitos e as incongruências das definições comuns de direito, especialmente enquanto, a recorrer a elementos ou conceitos não jurídicos. As mencionadas críticas à minha concepção de direito são justamente aquelas que deveriam, ao contrário, ser dirigidas às outras concepções, e, qualquer que seja o julgamento em mérito que sobre esta poder-se-á dar, deveria-se ao menos reconhecer que tentei dar uma definição jurídica do direito. Resultado este ao qual somente se poderia alcançar resumindo o fenômeno jurídico no fenômeno social-institucional e este no fenômeno jurídico, ou seja, identificando um e outro, o que não é um círculo vicioso, uma tautologia ou uma petição de princípio, mas a demonstração da perfeita autonomia do conceito de direito e da sua suscetibilidade de se fechar e se concluir inteiramente em si mesmo. De uma forma exata, ORLANDO (no seu outro escrito, "Stato e Diritto", na obra *Diritto pubblico generale. Op. cit.*, p. 249), observou, no que concerne

A solução que parece ser dada a tal problema já foi mencionada: a instituição é um ordenamento jurídico, uma esfera em si mesma, mais ou menos completa, de direito objetivo. As características essenciais do direito já salientadas (§ 10) coincidem com as da instituição. Não temos dúvida de que esta seja um ordenamento: as palavras organização, sistema, estrutura, edifício etc. com a qual é qualificada tendem a evidenciar este conceito. Pode-se afirmar o mesmo no que se refere ao significado etimológico da palavra "Estado", com o que se designa atualmente a mais importante das instituições e que antes também eram designadas outras entidades públicas, especialmente as Comunas. Que tal ordenamento seja sempre e necessariamente jurídico, é demonstrado pela observação de que o objetivo característico do direito é precisamente aquele da organização social.<sup>31</sup> O direito não consagra somente o princípio da co-existência dos indivíduos, mas se propõe sobretudo a vencer a fraqueza e a limitação das suas forças, a ultrapassar a sua breve existência, a perpetuar certos desígnios além da sua vida natural, criando entes sociais mais poderosos e mais duradouros do que os indivíduos. Estes entes realizam a síntese unificante em que o indivíduo permanece fechado, regulando não só a sua atividade, mas também a sua condição, algumas vezes superior, outras inferior a das demais; coisas e energias são destinadas a fins permanentes e gerais, ou seja, com um conjunto de garantias, de poderes, de sujeições, de liberdades, de freios, que reduz a um sistema e unifica uma série de elementos em si e por si moderados. Isso significa que a instituição no sentido por nós delineado é a primeira, originária e essencial manifestação do direito. Este pode se manifestar

a minha concepção, que não se poderá dizer "que seja o ordenamento que gere a instituição, ou o direito que gere o ordenamento. Cada um destes conceitos se torna em certo sentido o gerador e o gerado, respectivamente, do outro". Também MESSINEO, F. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Padova, 1943, I, nº 10, mesmo evidenciando o aspecto jurídico no conceito de direito, salienta que instituição e norma nascem *uno actu* e estão em relação de "mútua implicação": a instituição é tal enquanto coloca normas e a norma extrai da instituição a sua força. Justamente assim, é este o teorema ou a série de teoremas que me propus demonstrar e este entendimento é o fio condutor de todo o trabalho!

<sup>31</sup> Ver. FILOMUSI GUELFI, F. *Enciclopedia giuridica*? Napoli, 1917, § 13. Entre aqueles que contribuíram para evidenciar este caráter do direito, deve ser listado o nome de GIERKE, do qual pode-se dizer que consagrou todas as suas obras a demonstração desta tese. É de ter também algum relevo a distinção, que vem agora feita, em um âmbito mais circunscrito e de pontos de vista diferentes, entre leis normativas e constitutivas (DUGUIT, L. *Op. cit.*, p. 551 ss.; *Les transformations du droit public*. Paris, 1913, p. 77 ss.) [do mesmo autor, ver, ainda, *Traité de droit constitutionnel*? I. Paris, 1927, p. 172 ss.] e entre normas jurídicas de organização (EHRLICH, E. *Op. cit.*, e em outros escritos precedentes).

somente em uma instituição, e a instituição, no entanto, existe e pode ser dita tal enquanto é criada e mantida viva pelo direito.

#### 14 Provas de tal equivalência extraídas da doutrina que afirma que o direito é somente "forma"

Pode ser obtida uma prova desta verdade observando que na instituição certamente se manifestam e se afirmam forças de outro gênero, diferentes do direito, mas que são e somente podem ser forças meramente individuais ou, de qualquer modo, desorganizadas. Toda força que seja efetivamente social e venha conseqüentemente organizada se transforma por esta mesma razão em direito. O fato desta força, como algumas vezes acontece, ser exercida contra uma outra instituição pode ser motivo para que lhe seja negado o caráter jurídico ou para que ela venha a ser considerada como anti-jurídica por esta instituição, ou seja, pelo ordenamento contra o qual se dirige e onde atua como força desorganizadora e anti-social. Mas, mesmo assim, quando se prescinde desta relação e deste ponto de vista, o que se tem é um ordenamento jurídico, sendo, tal força, considerada em si mesma enquanto rege e disciplina os seus próprios elementos. Como foi dito, uma sociedade revolucionária ou uma associação voltada ao crime não constituirão direito para o Estado que querem abater ou do qual violam as leis, assim como uma seita cismática é declarada anti-jurídica pela Igreja; mas isso não exclui que, nestes casos, não tenhamos instituições, organizações, ordenamentos que, isoladamente tomados e intrinsicamente analisados, sejam jurídicos. Ao contrário, somente é direito aquilo que possui uma organização social.

Salvo se retornarmos a tal argumento por outra perspectiva, será suficiente salientar que esta é a verdade importantíssima contida na doutrina tão amplamente difusa, de que o direito é somente "forma" e que por isso e pelo seu conceito é indifferente o seu conteúdo material. Não existe nenhum elemento, nenhuma força, nenhuma norma social que se ponha de modo necessário e absoluto como antitética ao direito ou mesmo somente distinta desse; tem-se a antítese ou, de qualquer modo, a contraposição ao direito somente naquilo que é irreduzivelmente anti-social, ou seja, individual por natureza. Tudo aquilo que por si mesmo não possui tal caráter permanecerá fora do direito enquanto não for integrado em uma instituição, enquanto não for plasmado na forma, ou seja, na estrutura, no regime desta última.

É perfeitamente vão, por conseqüência, propor, como acontece de modo freqüente, que sejam estabelecidas as características diferenciais do fenômeno jurídico a respeito daquelas da religião, da moral, do costume, das convenções, da economia, das regras técnicas etc. Cada uma destas manifestações do espírito humano pode ser tomada totalmente ou em parte no mundo jurídico, vindo a formar o conteúdo dele, todas as vezes que venha a entrar na órbita de uma instituição. Quando foi dita a frase — que teve grande sucesso — de que o direito representa o *minimum* ético,<sup>32</sup> em parte se disse uma verdade, mas também se cometeu um grande erro. O direito contém não somente uma certa parcela de moral, mas também de economia, de costume, de técnica etc.; e esta parcela, que *a priori* não pode ser circunscrita e nem mesurada, não é necessariamente um *minimum*. Na organização dos Estados modernos, em geral, pode também acontecer que somente os princípios fundamentais e essenciais da ética sejam organizados e, conseqüentemente, se tornem jurídicos pelo seu ordenamento. Mas isso pode também não ser verdade para outros Estados que se atribuíam ou se atribuíram uma missão moral mais ampla e absorvente, e, ainda menos, para outras instituições o qual fim, talvez único, possa ser constituído por esta. Analogamente, podemos imaginar um Estado socialista que centralize em si e organize uma grandíssima parte das manifestações econômicas. Neste sentido, é muito significativo o direito da Igreja devido ao fato de ter conferido caráter jurídico a muitos princípios éticos e religiosos, assim como princípios de pura liturgia; melhor, a doutrina antiga e o costume afirmam que devem ser incluídos no sistema do direito eclesiástico os preceitos relativos aos atos do foro interno quando estes se ligam a atos externos, segundo outros, em si e por si, mesmo quando esta ligação falte,<sup>33</sup> porque na instituição existem autoridades que velam pela observância de tais preceitos. Certamente tudo isto é pouco compreensível para quem formou um conceito de direito tendo por base somente o modelo do direito estatal, mas é uma realidade que deve ser explicada partindo dos princípios que apresentamos. Analogamente, é um grave erro afirmar, como tantos o fazem, que nas sociedades primitivas o direito seja confundido com o costume e também com a religião. Não se trata de confusão ou de indiferenciação de elementos que, por natureza, deveriam permanecer separados. Naquelas sociedades, o direito, que deve ser considerado tão puro quanto em outras

<sup>32</sup> JELLINEK, G. *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*. Berlin, 1908, p. 45 ss.

<sup>33</sup> Veja, sobre a questão: WERNZ, F. X. *Ius decretalium*?, Romae, 1905, nº 98 Vol. I; [WERNZ, F. X. *Ius canonikum*?, Romae, 1938, p. 148, 150 ss.

sociedades mais avançadas, tem por conteúdo uma rica série de princípios retirados do costume e da crença religiosa. Atualmente o direito inglês, que ninguém julgará pouco evoluído, considera como "law" não somente as leis emanadas pelo Parlamento, mas toda regra, qualquer que seja a sua origem e o seu conteúdo, que os tribunais aplicam e fazem observar.

## 15 Menção a alguns problemas que devem ser resolvidos tendo por base esta equivalência

Se o direito pode se concretizar e tomar corpo somente na instituição e se tudo o que passa a ser socialmente organizado é absorvido como elemento desta última – adquirindo caráter jurídico –, pode-se concluir que o direito é o princípio vital de toda instituição, que anima e mantém reunidos os vários elementos que desta advém, que determina, fixa e conserva a estrutura das entidades imateriais. Reciprocamente, a instituição é sempre um regime jurídico. Mesmo se em um certo sentido poderia ser exato concebê-la como o corpo, a ossatura, o tecido do direito, isso não faz com que este último possa vir a ser separado dela, nem materialmente, nem conceitualmente, assim como não se pode distinguir a vida do corpo vivo. Não se trata de dois fenômenos diferentes que se relacionam, se distinguindo um do outro; trata-se, ao contrário, do mesmo fenômeno.<sup>35bis</sup>

<sup>35bis</sup> [Esta observação não foi levada em consideração por aqueles que apresentaram objeções quanto ao fato do meu conceito de instituição pressupor o de direito, o qual seria, conseqüentemente, um *prius* a respeito do primeiro: neste sentido, por exemplo, DEL VECCHIO, G. *Moderne concezioni del diritto*. Op. cit., p. 11 do extr.; FERRARA, F. *Trattato di diritto civile*. Roma, 1921, p. 3, em nota; MICELI V. *Le distinzioni nel dominio del diritto*. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1923, p. 27; CESARINI SFORZA, W. *Il diritto dei privati*. Op. cit., p. 12 do extr. em nota; VOLPICELLI, A. Santi Romano. In: *Nuove studii di diritto, economia e politica*. II, 1929, p. 13 ss.; CAPOGRASSI, G. *Alcune osservazioni sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*. Sassari, 1936, p. 6 ss.; *Il problema della scienza del diritto*. Roma, 1937, p. 9; *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*. Op. cit., 1939, p. 6 do extr.; CRISAFULLI, V. *Sulla teoria della norma giuridica*. Roma, 1935, p. 9 ss.; BOBBIO, N. Op. cit., p. 35-36. De resto, alguns destes autores (Volpicelli, Capograssi, Crisafulli) afirmam a anterioridade do direito sobre a instituição somente de uma perspectiva filosófica, mas admitem explicitamente, que, se colocado em um terreno histórico empírico, como é necessário que se coloque uma indagação de teoria geral do direito como a nossa, a correlatividade ou identidade do direito e da instituição deve ser verificada. Na verdade, deve-se dizer que um ordenamento jurídico é uma instituição e uma instituição é um ordenamento jurídico, pode-se também dizer que uma instituição possui um direito, ou seja, um ordenamento, se por este se entende somente os princípios e as normas que dele fazem parte ou dele emanam, assim como se diz que um conjunto possui este ou aquele elemento

Deste modo, alguns problemas que freqüentemente são colocados parecem ser totalmente sem conclusão. É o caso, por exemplo, daquela questão referente ao direito ser anterior ao Estado ou vice-versa, problema que não é precisamente o mesmo a que nos referimos, ou seja, não se exista direito antes, mas sim fora do Estado ou, ainda, se o verdadeiro direito seja somente o estatal. Partindo do nosso ponto de vista, é fácil responder que, existindo um Estado, é impossível não existir ao mesmo tempo um ordenamento jurídico que representará o regime estatal, assim como, existindo este regime, é impossível não existir um Estado.<sup>34</sup>

Analogamente, a questão relativa ao fato do Estado ser ou não uma entidade essencialmente jurídica ou ética parece que não tenha razão de ser ou, pelo menos, que esteja sendo mal colocada.<sup>35</sup> A ética também pode ser o fim fundamental, mas certamente não o único, do Estado – se é que a este se possa dar um fim válido *a priori* para todos os lugares e para todos os tempos – mas o direito é e tem de ser seu princípio de vida, a sua estrutura orgânica, a sua essência. O fato de se perguntar se este é uma entidade jurídica ou, melhor ainda, uma entidade ética, tem quase o mesmo sentido que teria se perguntar se o homem seja um ser vivo, ou melhor, um ser moral. Cada instituição pode ser definida de modo diferente se olharmos a sua finalidade, à missão que esta se propõe. Pode-se, então, ter instituições religiosas, éticas, econômicas, artísticas, educativas etc.,

entre outros que o compõe. Analogamente, se pode também dizer: "eu possuo uma alma", se por um momento quem fala se concebe como um corpo animado ou, ao contrário, se pode também dizer: "eu possuo um corpo", se este se concebe como uma alma que tomou um corpo, mas a verdade é que ele é um ser espiritual e corporal ao mesmo tempo. Totalmente infundada é, pois, a reprovação que me foi feita por alguns dos escritores acima citados, de que eu me contradiga, tendo afirmado, no final do § 13, que "instituição, existe e pode ser dita tal enquanto é criada e mantida em vida pelo direito". A afirmação de que a galinha nasce do ovo encontra-se em contradição com a outra, de que o ovo nasce da galinha. Tudo depende do propósito e em que sentido se afirma que ovo e galinha são dois aspectos do mesmo fenômeno. Ver, também, nota 30ter).

<sup>34</sup> É curioso, no que concerne o Estado, que a convicção de que este e o direito tenham a mesma identidade e constituam a mesma substância, ou como, algumas vezes se diz, dois aspectos da mesma substância, foi freqüentemente afirmado não sobre este assunto e para deduzir dele conseqüências errôneas, enquanto o lado justo que este contém não é salientado. Neste sentido, recentemente, KEISEN, H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Op. cit., p. 245; KEISEN, H. *Ueber Staatsurrecht (na Zeitschrift für das priv. und öff. Recht, 1913, p. 44 ss., 114)* ao recolocar em curso uma velha teoria, sustenta que não é concebível um erro do Estado, porque este pode ser considerado somente como ordenamento jurídico. Evidentemente esta tese confunde o que o Estado é, com o que o Estado faz. Enquanto é, o Estado nunca pode se demonstrar contrário ao direito [ao seu direito]; enquanto atua, sim.

<sup>35</sup> Ver por último, sobre este argumento RAVÁ, A. *Lo Stato come organismo etico*. Roma, 1915.

mas todas, por serem instituições, são entidades jurídicas. O equívoco depende do fato de que o direito venha a ser também considerado como um dos fins do Estado, que possa ser traçado um paralelo relacionando-o com os outros fins. Isso, ao contrário, é inexato: o Estado existe por meio do direito, ou seja, do ordenamento que o constitui, e quando ele tutela o direito – fenômeno que pode absorver uma parte significativa da atividade estatal – acaba por tutelar a si mesmo, a sua estrutura, a sua vida; o que significa que isso não diz respeito à sua missão e ao seu objetivo, querer que sejam estes,<sup>36</sup> mas é somente o pressuposto, a condição necessária para que possam ser ulteriormente buscados os fins estatais.

## 16 Casos em que a primeira posição do direito não é determinada por normas, mas pelo surgimento de uma instituição, e impossibilidade de reduzir a instituição a normas

Demonstramos, desse modo, por outra via, o que já tínhamos procurado demonstrar com argumentos extraídos de diferentes pontos de vista. O aspecto fundamental e primário do direito é determinado pela instituição em que ele se concretiza e não pelas normas ou, em geral, pelos preceitos através dos quais ele age. Estes últimos constituem, ao contrário, um aspecto derivado e secundário. Tal fenômeno não advém somente da impossibilidade, a qual de outros modos se pode encontrar, de analisá-lo e defini-lo na sua unidade orgânica (§ 3 ss.), devido ao seu caráter de objetividade, como já delineado (§ 7), devido ao elemento “sanção” que é inerente a este e não pode ser reduzido ao conceito de norma (§ 8), mas também devido às observações que seguem. Se temos por referência o momento em que surgem determinadas instituições e, conseqüentemente, começa a ter vida o seu ordenamento, vemos de imediato que este mo-

<sup>36</sup> Ainda pior, algumas vezes o equívoco ao qual mencionamos no texto se cumpria com um outro: se acredita que o Estado de polícia, o qual, segundo a concepção estilizada que dele freqüentemente se possui, se dá como função precípua assegurar e garantir a paz social e a coexistência tranqüila dos seus membros, seja justamente o Estado das tarefas puramente jurídicas. A tutela do direito é outra coisa, é a tutela da segurança pública da ordem pública etc.: a primeira não é uma finalidade do Estado, no sentido verdadeiro da palavra, uma finalidade que vai além da sua conservação, a segunda, sim. Contra esta confusão, muito freqüente nos juristas e nos filósofos, ver os meus *Principii di diritto amministrativo*<sup>3</sup>. Milano, 1912, n.º 201 [*Corso di diritto amministrativo*. Principii generali. Padova, 1937. p. 4].

mento não é determinado por uma norma pré-existente, e que, portanto, é impossível considerar que o direito não seja uma instituição, sendo, ao contrário, somente o conjunto das normas para qual ela existe e funciona. Isso é evidente, por exemplo, para o Estado, mas não somente para o Estado. Este existe porque existe, é entidade jurídica porque existe e do momento em que tem vida.<sup>37</sup> A sua origem não é um procedimento regulado por normas jurídicas: é, como repetidamente evidenciamos, um fato. Ora, basta que este fato seja consumado para que tenhamos direito, basta que tenhamos um Estado efetivo, vivo e vital; a norma, ao contrário, pode ser instituída a seguir. A primeira posição do direito não é, deste modo, determinada pela última, que é uma manifestação mais tardia e subsidiária daquela. De resto, não pode existir direito antes e fora da instituição justamente porque falta a organização que torna jurídica a norma. O direito não pode ser somente a norma posta pela organização social, como freqüentemente se afirma, mas é a organização social que, entre as suas outras manifestações, põe também a norma. Se é verdade que o caráter jurídico da norma é fornecido pelo poder social que a determina ou, ao menos, a sanciona, disto advém que este caráter deve ser encontrado já na instituição, que não poderia atribuí-lo à norma se essa mesma já não o possuísse.

A verdade é que o direito é, antes de tudo, instalação, organização de uma entidade social. Se este postulado não é aceito, se vai ao encontro do inconveniente de ter de explicar de modo meta-jurídico o fundamento e o caráter obrigatório do direito. Daí advém as teorias, que, mesmo pos-

<sup>37</sup> Veja, neste sentido, o estudo de minha autoria *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*. *Archivio giuridico*, LXVIII, 1902 [*Principii di diritto costituzionale generale*. Op. cit., capítulo XIV]. Outros, ao contrário, afirmam que “o ordenamento estatal, no primeiro momento de constituição do Estado, é uma organização somente de fato [...] Mas, a seguir [...] a sua organização, como todo o seu ordenamento, é regulada por normas de direito e assume por isso caráter jurídico” (RANELLETTI, O. *Principii di diritto amministrativo*. I, Napoli, 1912, n. 111). Veja, neste sentido, JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*<sup>2</sup>. Berlin, 1914, p. 337 ss. Igualmente se acredita que “todo ordenamento tem, no seu tempo, um momento em que, independente das duas causas, de real se transmuta em jurídico” (MARINONI, M. *La responsabilità degli Stati per gli atti del loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*. Op. cit., p. 20). Estas opiniões evidentemente dependem do pressuposto que afirma que o direito somente pode ser procurado e encontrado em uma norma. Não consigo entender o que venha a ser e como possa ser concebido um “ordenamento estatal” que não seja jurídico, que espere ser posteriormente regulado, como se um ordenamento não fosse, por definição, algo que já estivesse regulado e que, ainda mais, regula [concordando com]o, ver BISCARETTI DI RUFFINA, P. *Contributo alla teoria giuridica della formazione degli Stati*. Milano, 1938, p. 11, nota 11 e passim].

suindo alguma verdade, são inaceitáveis como teorias jurídicas, por apresentarem o direito como força meramente psíquica,<sup>38</sup> para não falar daquelas que vêem neste uma força individual e somente material. Mas, a organização, sendo concebida deste modo, certamente não é uma norma ou um conjunto de normas: seja porque, como se viu, ela pode ser anterior a esta, seja porque, quando é posterior e a ela se liga, é evidentemente um fenômeno que se verificará devido à sua execução, não sendo, consequentemente, uma norma. Uma norma pode ter disposto uma organização, mas certamente não pode torná-la efetiva e, muito menos, automaticamente constituída pelo simples fato da sua existência.<sup>38Bs</sup>

## 17 O conceito de instituição e o ordenamento jurídico internacional

Para toda definição do direito, a pedra de paralelo é determinada de um modo especial pelo que se afirma ser o "problema do direito internacional", e não será consequentemente inútil que analisemos este tema. De fato, não nutrimos dúvidas quando consideramos errôneas ou incompletas

<sup>38</sup> Veja, por exemplo, esta teoria em TRIEPEL, H. *Völkerrecht und Landesrecht*. Tübingen, 1899. p. 82; HOLD v. FERNECK, A. *Die Rechtszuständigkeit*. Jena, 1903. I, § 20, e, de forma mais atenuada, também em outros: MICELI, V. *Op. cit.*, § 25; ANZILOTTI, D. *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*. Firenze, 1902. p. 68, enquanto afirma que "a obrigatoriedade do direito é mais um conceito da moral que um princípio jurídico", etc.

<sup>38Bs</sup> Aplicando estes conceitos, notei em outros lugares (e por último nos meus *Principii di diritto costituzionale generale*. *Op. cit.*, capítulo VI, § 2, n.º 2), no que concerne ao Estado, que a sua constituição freqüentemente é declarada e advém de normas, mas, encontrada em si e por si, não se esgota nestas, que são somente os seus sinais externos, sendo a sua documentação uma forma da sua afirmação. Esta será, ao contrário, efetivamente determinada pelas instituições em que tomará corpo. Em outras palavras, a constituição é um edifício, sendo que a sua planta não poderá ser previamente desenhada por um arquiteto: guinado por quem deverá continuar a construí-lo ou por quem neste deverá se mover. Com uma limpida intuição, a antiga doutrina distinguia a constituição das leis. Aristóteles (*Politica*, IV, 1289-a) escrevia: "As leis são fundamentais e distintas da constituição", e os seus comentaristas e tradutores confirmavam que as leis "*separatae sunt ab iis quae declarant rempublicam*" (Victorius), "*ab his rempublicarum descriptionibus diversae sunt*" (Ramus), "*ab iis rebus quae rempublicam indicant sunt separatae*" (Giphanius), fazendo com que "*sane apparet inter ea, quae constituent rempublicam, non numerari leges*" (Heinsius). Este caráter da constituição não implica, como se acreditou, que a mesma constituição fosse um *princípio* do direito estatal e permaneça fora deste. Se isso fosse verdade, já que constituição e direito constitucional são a mesma coisa (*op. cit.*, capítulo I), se deveria logicamente deduzir deste a negação do direito constitucional.]

tas as definições que chegam a negar o direito internacional, seja na sua existência, seja - o que não é muito diferente - na sua autonomia, ao considerá-lo uma externalização ou projeção do direito interno dos vários países. A definição de direito deve ser forjada fazendo com que nesta possa ser inclusa não somente o que por tradição científica, mas também por sentimento comum e sobretudo por uma prática constante nunca desmentida, assim é considerado. Se não fosse assim, tal definição seria arbitrária: o jurista não deve subordinar a realidade ao conceito, mas sim o conceito à realidade.

O problema então, para nós, está todo no questionamento: a ordem jurídica internacional é uma instituição? Não temos dúvida quanto ao lugar onde esta figura deve ser procurada: deve-se indagar se a comunidade dos Estados apresenta as características estruturais que, segundo a opinião por nós formulada, são também as características essenciais de todo sistema jurídico. Por ora, podemos prescindir de determinar se tal comunidade deva ser entendida em sentido amplo, se ela é única e se dela participa a maior parte dos Estados, ou se, ao contrário, existem tantas comunidades quantos sejam os grupos de Estados, que se entrecruzam de vários modos e entre os quais se estabelece um direito internacional particular.<sup>39</sup> Não é certo indiferente o fato de ter de escolher entre uma e outra destas concepções; mas será necessário que tomemos posição entre estas, até que o nosso raciocínio possa se referir a ambas.

Como é notório, a doutrina é pacífica no ponto - que, de resto, não poderia ser colocado em dúvida - de que a sociedade internacional não é uma pessoa jurídica. Mas isso é totalmente irrelevante para nós ao formarmos um conceito de instituição que é totalmente independente de tal caráter. Também é repetida de modo freqüente uma outra afirmação, ou seja, que tal sociedade não é juridicamente organizada,<sup>40</sup> o que poderia ser um obstáculo para considerá-la como instituição, já que esta última é, justamente, sinônimo de organização. Não é muito claro, porém, o significado que se atribui a tal afirmação. Parece, às vezes, que com ela somente se repita de outro modo o princípio de que a comunidade internacional não seria revestida de personalidade. Outras vezes, ao contrário - e é este o significado que pode nos interessar - se tenta salientar o fato de que, nela, faltaria um poder ao qual os Estados estivessem individualmente submeti-

<sup>39</sup> Esta última, como é notório, é a definição de TRIEPEL, H. *Op. cit.*, p. 83 ss.1

<sup>40</sup> Veja, porém, as observações em contrário de MARINONI, M. *La responsabilità degli Stati*. *Op. cit.*, p. 31 ss.

dos. Parece-nos, contudo, que o conceito de organização não implique necessariamente em uma relação, assim entendida, de superioridade e de correlativa subordinação. De fato, supondo que todos os Estados deveriam estar sujeitos a tal poder fazendo com que nenhum e nem mesmo uma maioria destes tivesse preeminência sobre os outros, este poder poderia somente se referir à comunidade, o que significaria que ela necessariamente deveria ser constituída em uma pessoa. Portanto, deveria ser admitido que as comunidades onde subsiste uma igualdade em sentido absoluto – como é o caso da comunidade internacional –, somente se tornariam juridicamente organizadas quando fossem pessoas jurídicas. Ora, esta tese parece ser arbitrária e indemonstrável. Melhor ainda, deve ser considerado que a condição de igualdade e de recíproca independência em que se encontram os membros das ditas sociedades seja somente uma característica da sua organização ou, se assim se quer, um efeito desta mesma. Talvez a opinião contrária seja somente determinada por aquela freqüente utopia que acredita serem características essenciais de um conceito jurídico somente as características incidentais com as quais este se manifesta em um só campo do direito: no que diz respeito ao nosso caso, no direito estatal interno.

Por outro lado, também seria fácil encontrar na mais recente doutrina sobre o fundamento e a natureza do direito internacional, os elementos que necessariamente implicam na organização da sociedade dos Estados, não obstante as afirmações contrárias da mesma doutrina. De fato, quando se considera que o acordo, fonte daquele direito, produz uma vontade que não é mais a dos Estados individualmente, mas uma vontade única em que estas vontades se fundamem, sendo superior a estas; quando deste modo se diz que o direito internacional vem a adquirir o caráter de um *ius supra partes*,<sup>41</sup> ou, mais accentuadamente, que este se resume em comandos ou imperativos dirigidos aos Estados; tudo isso postula uma organização da comunidade interestatal, seja ela realmente simples. Esta não terá órgãos próprios no mesmo sentido dos entes que possuem personalidade,<sup>41bis</sup> não encontrará seu fundamento

<sup>41</sup> Veja, para todos estes conceitos, o trabalho de TRIEPEL, H. *Op. cit.*, p. 74 ss. e, entre aqueles que, em geral, o seguem, especialmente ANZILOTTI, D. *La responsabilità. Op. cit.*, p. 71 ss.; *Corso di diritto internazionale* I, Roma, 1912, p. 47 ss. [3. edição, 1928, p. 41 ss.; edição alemã, p. 34 ss.].<sup>41bis</sup> [A minha opinião, diferente da comum, é que, além das pessoas jurídicas, também as entidades sociais podem ter órgãos, sejam estas de tipo associativo ou institucional, não dotadas de personalidade: veja, as minhas obras *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1939, p. 213 ss.; *Corso di diritto amministrativo*, *Op. cit.*, p. 95, 100, 102-103; e *Corso di diritto costituzionale, passim*, nas suas várias edições. Segue a minha visão FEDOZZI, P. *Introduzione al diritto internazionale e parte generale. In: FEDOZZI, P. et ROMANO, S. (diretto da) Trattato di diritto internazionale* 3. Padova, 1940, p. 472].

na subordinação e na independência de alguns Estados em relação aos outros, mas implicará uma sujeição de todos os Estados que são seus membros em relação a um poder impessoal, não subjetivo, o mesmo que permite e determina a existência da comunidade.<sup>42</sup> Não atribuímos outro sentido para a expressão "organização" quando a utilizamos para trazer o conceito de instituição. Não obstante, possui ainda um significado análogo à qualificação que freqüentemente é atribuída aos Estados, ou seja, de "membros" de tal comunidade, se é verdade que somente é possível ser membro de um "corpo" ou de um "organismo".<sup>43</sup> Com isso pode-se também deixar de recordar o fato de não ser raro o caso de órgãos comuns a diferentes Estados ou de órgãos de vários Estados serem reunidos em um só corpo ou repartição. Fenômeno este que implica em uma organização da sociedade internacional, mas, sempre sem chegar a reconhecer a sua personalidade.

O caráter de instituição que, na nossa opinião, deve ser encontrado na comunidade dos Estados – em que se concretiza o ordenamento jurídico internacional –, era, de resto, concebido de forma clara na mais antiga doutrina, mesmo sendo formulado de modo diferente. Só nos últimos tempos ele foi obliterado ou negado. Deve-se tal fenômeno, em particular, à concepção amplamente difundida de que na vontade coletiva dos Estados se encontra a única fonte de direito internacional; esta vontade se manifestaria sob a forma de costume ou de acordo ou tratado normativo. A consequência seria a exclusão do âmbito do direito de todo elemento e momento anterior a – vez por vez e concretamente – constituição de tal vontade.

Evidentemente, tal concepção procede da visão comum que reduz o direito a um complexo de simples normas e, desta perspectiva, não se subtrai às críticas que em geral formulamos contra esta visão. Porém, ela traz para o direito internacional uma consequência mais grave do que no direito interno. De fato, ninguém desconhece que as leis deste último têm todas uma única base de referência: o Estado, que as emana e lhes confere obrigatoriedade e eficácia. Os acordos internacionais, ao contrário, segundo a opinião mencionada, estariam, como poderemos ver, cada um por si, cada um extrairia de si mesmo a sua própria eficácia e constituiria o primeiro princípio do direito do qual é fonte. Também

<sup>42</sup> ANZILOTTI, D. *Responsabilità*, p. 74: "o direito internacional expressa uma potestade a qual o Estado é sujeito".

<sup>43</sup> "Membra unius corporis" (ou seja, da *societas gentium*), dizia, sobre os Estados, GROTIUS. *De iure belli ac pacis*. II capítulo 8, § 26, capítulo 15, §§ 5 e 12.

bém se pode deduzir a partir desta premissa, como ao menos em parte foi deduzido, que não existe apenas um direito internacional, mas muitos direitos internacionais, tantos quantos são estes acordos.

Além disso, deve ser observado que a doutrina de que falamos é uma reação às teorias dominadas pelos princípios do direito natural, que não estavam compreendidas na enumeração das fontes do direito internacional positivo. Sob estes aspectos, esta foi sem dúvida salutar e deu amplas e úteis contribuições à revisão de muitos conceitos e, sobretudo, do método. Parece-me que em diversos dos seus elementos fundamentais e na sua delimitação, deva ser encontrada uma contradição profunda, atenuada em alguns dos seus desenvolvimentos graças a vários expedientes técnicos, mas, portanto, não eliminada. De fato, tal doutrina, ao ser formulada como uma afirmação de positivismo jurídico com o escopo de depurar o direito internacional das numerosas influências do antigo jusnaturalismo, nada mais faz do que repetir os idénticos, precisos postulados de uma parte das mais antigas teorias com a qual este último tinha procurado explicar o direito interno do Estado: ou seja, a teoria do contrato social. Esta tinha o indivíduo como ponto de partida, concebido como isolado e no "estado de natureza", perfeitamente livre e independente, que, posteriormente, através da sua vontade, se submetta ao regime estatal por ele mesmo criado. Mas, adotando uma ideologia totalmente análoga, se afirma a independência originária dos diferentes Estados que, por sua vez, impõem o direito internacional – a ele se sujeitam mediante a concordância recíproca –, através de um concerto que se constitui como um verdadeiro contrato social, salva a diferença de nome e de técnica jurídica com o qual vem analisado. Para superar a correspondente teoria do direito interno – sem falar no seu significado filosófico, que bem possui outros aspectos – é suficiente observar que a posição jurídica do indivíduo, qual ela seja, é uma consequência do surgimento do Estado, do ordenamento que a determinou. Conseqüentemente, tal ordenamento pode explicar esta posição, e não o inverso. É estranho o fato de a mesma objeção não ter se apresentado aos internacionalistas. Se os Estados são independentes uns dos outros, esta condição deles, do ponto de vista jurídico, não é preexistente em relação ao direito internacional, mas posta por este último; e o princípio segundo o qual o Estado pode estar obrigado somente por normas que contribuiu a formar com a própria vontade é um princípio de direito internacional positivo que pressupõe, deste modo, que este último esteja já constituído e em vigor. Afiramar, ao contrário, que o ordenamento jurídico internacional nasce do acordo entre os Estados, que este acordo é um momento pré-jurídico e, assim por diante, é colocar na

base de tal ordenamento uma condição natural dos Estados. Tal fenômeno, ademais, na realidade não tem um impacto maior do que teria a pretensa condição natural dos indivíduos antes do surgimento do Estado. Se, por um lado, o homem isolado e vivendo no estado de natureza é uma visão puramente metafísica, não histórica, por outro, o Estado isolado de outros Estados, sem vida em comum com os demais, é uma concepção tão metafísica quanto à primeira, ou melhor, é uma concepção mútua do Estado. De uma perspectiva histórica, deve ser recordado o fato do direito internacional anterior ao moderno se fundamentar no princípio oposto, ou seja, aquele da subordinação dos Estados ao poder temporal do Império e ao poder espiritual da Igreja, isto sem falar de outras subordinações particulares a alguns destes. A atual independência dos Estados não é, então, uma condição natural, originária, independente do direito internacional, mas é, de fato, contingente; é uma consequência das características particulares que este último assumiu em época recente. O outro princípio, da igualdade entre os Estados, que é ligado ao princípio da independência, mas com este não se confunde, constitui uma regra a qual mesmo hoje não faltam exceções, que nem sempre são apreciadas e valorizadas de modo exato.

A conclusão que deve se tirar disto, na nossa opinião, é muito simples. Do mesmo modo como o direito estatal surge com a existência do Estado – sendo a existência deste último e o respectivo ordenamento jurídico considerados como um único fenômeno –, também o direito internacional surge juntamente com a existência da comunidade dos Estados, que postula necessariamente um ordenamento jurídico que a constitua e a regule. O princípio (e aqui não queremos indagar se é tão absoluto quanto se afirma) de que uma norma concreta de direito internacional somente pode ser imposta através da vontade dos Estados que compõem a comunidade, valendo somente para aqueles entre eles que a quiseram, é um princípio jurídico: isso significa que possui a mesma natureza do outro princípio – diferente, ou melhor, oposto – pelo qual o poder legislativo no interior de cada Estado é confiado não aos cidadãos, mas a determinados órgãos. Por isso não se aplica no momento *originário* do direito internacional, mas no momento *posterior*, em que se trata de por novas normas, novas instituições, de modificar os seus precedentes e assim por diante. Do mesmo modo, o princípio de que a lei deve ser aprovada pela Câmara e sancionada pelo chefe de Estado vale do momento em que é posto, mas este mesmo princípio pode ser posto com uma constituição que está viva no momento da fundação do Estado, ou seja, sem que tenha por base

uma norma precedente. Isto nos leva a pensar que mesmo o direito internacional, assim como o estatal, se afirma no seu primeiro momento como instituição, como produto necessário da organização interestatal, da estrutura com a qual, de fato e de direito juntos, esta forma.

Não é supérfluo insistir sobre este ponto. O processo através de formação de um Estado é, sem dúvida, pré-jurídico; mas, quando o Estado efetivamente está vivo, este já é um ordenamento de direito, do qual fazem parte os órgãos aos quais é confiado o poder legislativo. A partir de tal momento estes órgãos terão existência jurídica e as leis que serão emanadas por eles terão eficácia jurídica. Não deve ser considerado de modo diferente o que concerne à comunidade internacional. A sua formação com a sua estrutura atual terá se desenvolvido, lentamente e certamente, independente do direito; mas esta comunidade, uma vez tendo se constituído como é atualmente, fez com que se tornasse jurídico o princípio de que os Estados deverão contribuir com a própria vontade à emanação de novas normas, do mesmo modo que serão jurídicos os atos formados por tais acordos, que lentamente se somaram ao edifício do direito internacional. O momento então em que surge a primeira pedra deste edifício, fundamento das outras que ali vão posteriormente se acumulando, não é marcado, como acredita a doutrina que hoje domina,<sup>44</sup> por estes acordos, mas pelo surgimento da comunidade internacional contemporânea. Isso significa que tais acordos não possuem, como muitos acreditam, uma vida própria, independente da pré-existência do direito objetivo e, nem menos, como acreditam outros, extraem sua eficácia do costume. Eles se apóiam, ao

<sup>44</sup> Pode ser interessante notar as extremas conseqüências perfeitamente lógicas a que se chegou partindo de tais premissas, mas que, na nossa opinião, são um indicio da necessidade de rever estas últimas. ANZILOTTI, D. *Corso di diritto internazionale*. Op. cit., p. 48, 49, 53 ss. [de modo diferente na 3. edição, de 1928, assim como na edição alemã (Op. cit., p. 189 ss., 273 ss.)], afirma que o acordo normativo, pondo o direito, o precede, ficando fora deste, não é um fato jurídico, mas pré-jurídico. O sentimento comum, ao contrário, e a doutrina tradicional consideram todos os tratados internacionais como atos jurídicos: o mesmo ANZILOTTI, D. *La responsabilità*. Op. cit., p. 48, assim o considerava. Sempre do mesmo ponto de vista, foi sustentado, além disso, que o que se qualifica como acordo normativo não pode ser qualificado como tal e, conseqüentemente, diferenciado do contrato, porque, sendo um fato pré-jurídico, não é suscetível de nenhum tipo de determinação jurídica (SALVIOLI, G. *Sulla teoria dell'accordo in diritto internazionale*. Napoli, 1914, p. 30). Também isso é lógico, mas recorda o *carre a consequentiaris*. De todo modo, é sintomático que a teoria do acordo, tão sutilmente elaborada, que não sabemos se tenha gerado as modernas visões sobre o fundamento do direito internacional ou se tenha sido gerada por esse, agora é negada por estas últimas: ou Saturno devora os seus filhos ou vice-versa.

contrário, em um princípio colocado com o surgimento da comunidade internacional, princípio inerente à sua própria constituição, marcado pelas suas atuais características institucionais. Seria abstratamente possível que tal princípio mudasse, não somente devido a declarações de vontade demonstrando o comum acordo entre os Estados, mas também por vias de fato, por modificações que a comunidade internacional eventualmente poderia sofrer: por exemplo, em virtude da preponderância que um ou mais Estados possam conquistar, do mesmo modo que a modificação do ordenamento constitucional de um Estado pode acontecer, além das vias legais, também por eventos de caráter não jurídico. Assim sendo, reciprocamente, a sociedade dos Estados, que na Idade Média era fundamentada em uma relação de subordinação destes últimos para com o imperador e para com o papa, se torna na época moderna, devido a toda uma série de acontecimentos históricos, uma sociedade igualitária. Esta consideração também demonstra que a hodierna condição de igualdade e de independência dos Estados não é pré-jurídica, mas determinada pela estrutura da sua comunidade. Questionar-se, então, por que esta última se constituiu, afirmando o princípio de que o acordo entre os Estados é necessário para a posterior regulamentação especial deste conjunto, é, verdadeiramente, uma indagação estranha ao direito, assim como a outra, análoga, relativa ao porquê em um determinado Estado o poder legislativo é confiado a certos órgãos mais do que a outros; ou porque a unanimidade é requerida, mais do que a maioria, seja a estes órgãos, seja aos membros que os compõem, quando estes são colegiais.

Estas opiniões poderiam ser confirmadas quando se salienta a existência de outros princípios de direito internacional que não são postos por nenhum acordo e, conseqüentemente, não podem servir como fundamentação, mas têm a sua fonte no conjunto formado pela comunidade internacional.<sup>44bis</sup> É jurídico, por exemplo, para nós, mas também para a maior parte daqueles que fundamentam este último exclusivamente na

<sup>44bis</sup> [Sobre estes princípios fundamentais ou constitucionais, que surgem com a existência da comunidade internacional, que não são normas de direito voluntário, nem de direito consuetudinário, ver a minha obra *Corso di diritto internazionale*<sup>4</sup>. Op. cit., p. 31 ss. Para os princípios de natureza análoga, concernentes ao ordenamento do Estado, ver a minha obra *Corso di diritto costituzionale*<sup>5</sup>. Op. cit., capítulo XXIV, n.º 1, e, por último, a minha outra obra *Principii di diritto costituzionale generale*. Op. cit., capítulo VII, § 6, n.º 7, para uma adesão substancial à minha doutrina, ver CRISAFULLI, V. *Per la determinazione del concetto dei principii generali del diritto*. In: *Studi sui principii generali dell'ordinamento giuridico*. Pisa, 1941, p. 186 ss.]



vontade comum dos Estados,<sup>45</sup> o princípio que admite o uso da força por parte dos Estados para obrigar a respeitar o ordenamento internacional. Mas de qual acordo este advém? Os tratados o disciplinaram e o limitaram, mas pressupondo-o já existente: nenhum desses nunca o pôs. E não nos parece ser o caso de recorrer ao costume. Também aqui se trata de um princípio inerente à instituição, no sentido aqui indicado.

A este ponto, poderemos concluir com a afirmação de que o direito internacional é o ordenamento imanente da comunidade dos Estados; que nasce com ela, sendo dela inseparável; que é necessário procurá-lo na instituição em que se concretiza tal comunidade, mais do que em normas advindas de acordos particulares; e que este é, portanto, antes de tudo e no seu aspecto unitário, organização ou instituição. As demais conclusões que devem ser extraídas no que concerne à teoria das fontes do direito internacional não podem ser desenvolvidas aqui, mas convém tratar delas em um âmbito mais oportuno.

Não será contudo inútil fazer uma observação. Como foi dito no princípio do presente parágrafo, alguns doutrinadores negaram a existência de uma comunidade internacional que compreenda em si todos os Estados, sustentando, ao contrário, a existência de tantas comunidades quantas sejam as relações de cada Estado com os demais. A gênese desta teoria nos parece já, após o que salientamos, evidente. Trata-se somente de um princípio daquela outra teoria que concebe o direito internacional como uma tela de Penélope, que se recomeça a tecer *ex novo* a cada acordo normativo. Para sermos coerentes, deveríamos concluir desta teoria o fato de que cada um de tais acordos forma, mais do que uma comunidade, uma simples relação limitada não só ao número de Estados que participam do acordo, mas também ao objeto especial devido ao qual estes entram no acordo. Negar-se-ia, deste modo, a existência de um direito

<sup>45</sup> Veja-se, para todos, ANZILOTTI, D. *Corso di diritto internazionale*. Op. cit., I, p. 28 ss. [3. edição, 1928, p. 44, edição alemã, p. 395, 402 ss.], que vê neste fenômeno a coação que dá caráter jurídico para as normas internacionais. Não me parece, por outro lado, que o uso da força possa ser considerado juridicamente admitido só por ser consequência logicamente necessária da juridicidade das normas internacionais, as quais, logicamente por serem jurídicas, precisariam de uma coação, não sendo esta dada por um poder superior aos Estados individualmente. De fato, não é possível dizer que seja admitido pelo direito internacional o uso da força em gênero, a não ser nos casos expressamente convencioneados, mas somente são permitidos certos meios determinados de modo positivo, como, por exemplo, a guerra: o que demonstra que se trata de um princípio ou de diferentes princípios que estão isolados e não se deixam deduzir por outro ao qual se mencionou. E isso, prescindindo de outros argumentos, sobre os quais não insistiremos.

internacional geral, que somente poderia ser concebido como uma abstração da doutrina ou como o conjunto dos princípios comuns às relações entre todos os Estados ou a maior parte desses. Tais princípios não constituiriam uma verdadeira unidade jurídica, sendo expostos juntos somente por comodidade e brevidade de tratamento. O direito internacional positivo seria somente o direito particular de cada Estado com cada um dos outros com que este mantém uma relação: do Estado "A" com o Estado "B" e pois com o Estado "C" e assim por diante. Portanto, seria o direito advindo de cada acordo em concreto. É evidente que isso é contrário à realidade, sendo mais fácil afirmá-lo abstratamente do que observar na prática todas as seqüências que dele adviriam. Assim se explica como também aqueles que se colocaram na estrada que conduziria a esta última teoria pararam no meio da caninhada, demonstrando, de tal modo, o quanto são errôneas as premissas, que, conseqüentemente, são obrigados a esquecer. Daí se origina a opinião comum — que no caso de tais premissas fossem justas deveria ser rejeitada — de que o direito internacional particular é considerado como um direito que se insere no geral, pressupondo a existência deste último.

Também desta perspectiva somos conduzidos a reafirmar a existência de uma comunidade dos Estados que é concebida na sua unidade integral. Instituição na qual os novos Estados que surgem são admitidos — após prévio "reconhecimento"<sup>45bis</sup> —, e que, portanto, a cada admissão se amplia sem se renovar, conservando a sua própria identidade. Deste modo, o direito internacional fornece uma boa prova da exatidão do conceito de ordenamento jurídico, que aqui formulamos de modo geral.<sup>45ter</sup>

<sup>45bis</sup> Foi por mim posteriormente negado que a admissão na comunidade internacional advinha por meio do chamado "reconhecimento". Ver, neste sentido, a obra de minha autoria *Corso di diritto internazionale*<sup>4</sup>. Op. cit., p. 60 ss e 106 ss.].

<sup>45ter</sup> [Para uma análise do direito internacional inspirada nos conceitos presentes nesta obra, ver ROMANO, S. *Corso di diritto internazionale*. Op. cit. Em geral, adereem a tais conceitos BRESCHI, B. *La Società delle Nazioni*. Firenze, 1920, p. 87 ss; FEDOZZI, P. *Introduzione a parte generale*. In: FEDOZZI, P. et ROMANO, S. (a cura di) *Trattato di diritto internazionale*. Padova, 1938, p. 15; MONACO, R. *Solidarietà e teoria dell'istituzione nelle dottrine di diritto internazionale*, §§ IV e V. *Archivio giuridico*, 1932. Para outras adições aplicadas a assuntos particulares ver, entre outros: 1) para as relações entre ordenamento internacional e ordenamento estatal: MONACO, R. *L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statale*. Torino, 1932; 2) para os chamados princípios gerais de direito internacional: FEDOZZI, P. Op. cit.; 3) para as unites de Estados: ZANOBINI, G. "Stato", *verbete na Enciclopedia italiana*, XXXIII, p. 621; BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Sull'esistenza di unioni non internazionali di Stati diversi dagli Stati di Stati*. In: *Scritti in onore di Santi Romano*. Padova, 1939. Vol. III.; BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Lo Stato democratico moderno nella dottrina e nella legislazione costituzionale*. Op. cit., § 78; SCHMATT, C. *Führung und Hegemonie*. In: *Schmollers Jahrbuch*,

## 18 Instituição e relação jurídica: relação entre mais pessoas

O conceito de instituição e a sua equivalência ao de ordenamento jurídico, se confirmam e se esclarecem quando esse mesmo conceito se distingue dos demais com o qual poderia ser confundido.

Em primeiro lugar, a instituição nunca se resume em uma simples relação ou em determinadas relações jurídicas (S10). A relação jurídica diz respeito à concepção subjetiva do direito no que se refere ao menos a dois termos. O primeiro, na nossa opinião, é constituído por uma pessoa analisada na sua integralidade ou limitadamente a um dos seus aspectos ou, ainda (tratando-se de pessoa jurídica), a um dos seus órgãos; o outro é determinado ou pela mesma pessoa – enquanto se contrapõe ao primeiro dos seus aspectos ou órgãos – ou, enfim, pelo objeto de um direito seu ou de uma das suas obrigações. A relação não é, portanto, uma entidade em si mesma, mas uma relação entre entidades diferentes, utilizando esta expressão em sentido amplo. A instituição, ao contrário, é direito objetivo justamente por ser uma entidade, um corpo social que possui, no mundo jurídico, uma existência efetiva, concreta, objetiva. Ela implica em relações, mas não se esgota nelas, ou melhor, é pré-ordenada em relação às mesmas, no sentido de que ela consiste na organização ou estrutura que é necessária para que as relações – se e quando se realizam na sua órbita –, possam ser qualificadas como jurídicas. A instituição é unidade; a relação, jurídica ou não jurídica, postula a pluralidade. Este motivo demonstra a fragilidade e mesmo o erro em que cai, por exemplo, a concepção que considera o Estado como uma simples relação de direito.<sup>46</sup> Tal concepção deve ser rejeitada mesmo para os Estados que não possuem personalidade jurídica.

Disto advém o princípio de que não basta, para surgir uma instituição, a existência de pessoas ligadas entre elas por uma simples relação,

1939, p. 5 do extr.; 4) para os protetorados coloniais, além de Guido Zanobini e Biscaretti, ambos já citados, ver BALDONI, C. *Le Unioni internazionali di Stati. Rivista italiana di scienza giuridica*, 1931, p. 13 extr.; 5) para o direito interno das uniões internacionais: BALDONI, C. *Gli organi e gli istituti nelle unioni internazionali. Rivista di diritto internazionale*, 1931; MONACO, R. *I regolamenti interni degli enti internazionali. Jus gentium. Annuario italiano di diritto internazionale*, I, 1938, p. 52 ssj.

<sup>46</sup> Esta não deve ser confundida com outra mais correta, que vai sob o nome de *Zustandslehre*, como o faz JELLINEK, G. *Systema dei diritti pubblici subbietivi*. Milano, 1912, p. 38 da tradução italiana; JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, 1914, p. 167.

sendo necessário que entre elas seja estabelecida uma ligação mais estreita e orgânica. É necessário que se forme uma super-estrutura social da qual dependam ou sejam dominadas não somente as suas relações particulares, mas também a sua própria posição genérica. Deste modo, não é possível imaginar uma instituição constituída por somente duas pessoas físicas. Estas serão sempre duas individualidades que não teriam como constituir uma. Isto, note-se bem, não exclui o fato de que possam existir instituições cujo elemento pessoal seja representado por somente duas pessoas. Em tal caso, é necessário que tal elemento seja integrado por algum outro que tenha a eficácia coesiva e unificadora que de outro modo faltaria. É o que acontece com a sociedade conjugal, que, considerada em si e por si, seria uma simples relação, podendo assumir, e geralmente assume, a figura jurídica da família, ou seja, de uma instituição. Esta, de fato, seja através da intervenção do direito estatal, que a organiza em uma base qualquer, por exemplo, reconhecendo, por exemplo, o marido como chefe, seja, mesmo prescindindo disso, através da natureza dos objetivos a serem buscados, aos quais os indivíduos se subordinam, pelo seu possível e normal prolongamento para além dos cônjuges, pela ligação que une os seus membros presentes aos passados e aos futuros, se transformam em uma unidade contínua, em um corpo social, cujos elementos variam segundo a sua constituição, que foi e é diferente conforme os lugares e os tempos. A família romana, as dinastias reinantes, as famílias da alta nobreza munidas, em tais países, de ampla autonomia, a família moderna, certamente não podem ser confundidas em uma única categoria. São, contudo, todas instituições.<sup>47</sup>

Duas pessoas jurídicas podem, ao contrário, mesmo sem outra intervenção estranha e sem o concurso de outros elementos, formar por si uma instituição. Isto acontece devido ao fato da sua estrutura interna ser toda criada pelo direito, o qual, portanto, pode plasmá-la e direcioná-la precisamente ao objetivo de que essa constitua uma verdadeira unidade, mesmo se esta, por sua vez, não possa ser considerada uma pessoa. Deste modo, uma comunidade internacional e um direito internacional poderão, sem dúvida, continuar a subsistir mesmo quando os Estados se reduzissem somente a dois. De resto, além da comunidade internacional composta por muitos Estados, têm-se outras particulares que, como certas federações ou uniões reais<sup>48</sup> de Estados, são instituições formadas por so-

<sup>47</sup> Sobre a família moderna como organização social, ver por último CICU, A. *Il diritto di famiglia*. Roma, 1915, p. 7 ss., p. 77 ss.

<sup>48</sup> *Unioni reali*: Estados constitucionalmente unidos no que se refere a pessoa física do monarca. Vide, a respeito, ROMANO, S. *Corso di diritto costituzionale*. Padova, 1933, p. 86.

mente dois Estados. Trata-se de um fenômeno que se torna possível pela própria constituição de cada um destes. Uma opinião muito comum vê em tais uniões somente uma relação de sociedade. Mas ela não é exata justamente porque, entre outros, não leva em consideração o fato de que os Estados que fazem parte destas uniões sofrem, como conseqüências delas, modificações internas, através da qual um se torna necessariamente o complemento do outro e ambos são constituídos fazendo com que se transformem em elementos de uma instituição mais complexa, de um ente coletivo, sem que para isso haja uma nova personalidade jurídica. A opinião que afirma a personalidade destas entidades inhuia a insuficiência da doutrina que as resume em simples relações, contudo, esta também é inadmissível por atribuir a elas um caráter que não é necessário para que se tenha uma instituição e que falta nas figuras citadas. Enfim, o ato com que tais uniões são estabelecidas não é um simples contrato no sentido estrito da palavra. Porém, faz surgir um direito objetivo e, portanto, sendo este um tratado internacional, entrará, usando uma terminologia comum, não na categoria dos tratados-contratos, mas naquela dos tratados-acordos.<sup>47bis</sup> Analogamente, no sistema concordatário, Estado e Igreja constituem uma união, que não se resume em simples relações determinadas, mas dá lugar a uma verdadeira instituição. Disso advém, prescindindo de outros elementos, a dificuldade que sempre se encontrou na tentativa de reduzir a concordata, ou ao menos certas concordatas, a um contrato comum.<sup>47ter</sup>

Parece que tais exemplos sejam a confirmação mais evidente do critério que deve servir de base para distinguir entre instituição e simples relação: a primeira é posição estável de um ente; a segunda, um contato mais ou menos transitório de mais entes. Uma relação pode se transformar em uma instituição somente quando, devido a forças internas ou externas, os seus termos se modificam permanecendo estavelmente ligados em uma posição orgânica, ou seja, como membros de uma entidade em si. Enquanto a instituição, como ente jurídico, é um ordenamento, a relação não o é. Ao contrário, a relação depende da instituição, sendo quase a

<sup>47bis</sup> [A distinção entre tratados-acordos e tratados-contratos é, agora, por mim negada. Veja a obra de minha autoria *Corso di diritto internazionale*<sup>4</sup>. *Op. cit.*, capítulo V, nº 5.]

<sup>47ter</sup> [Pelos mesmos motivos que não acredito mais que os chamados tratados-acordos possuam uma figura em si, na categoria dos tratados internacionais, sou agora da opinião de que as concordatas eclesástico possuam caráter contratual. Sobre a natureza da união concordatária entre Igreja e Estado, ver o meu *Corso di diritto costituzionale generale*. *Op. cit.*, capítulo X, § 4, nº 21.]

atmosfera em que ela vive, ou seja, algo externo a ela. Tal fenômeno explica como um ato jurídico, que gera somente relações, não basta para fazer surgir direito objetivo. Para atingir este efeito, é necessário um ato que não se limite a constituir uma relação que se mova, em todos os seus elementos, no âmbito de um ordenamento já existente, mas tal ato deve gerar, ao menos parcialmente, este último. Já que, como procuramos demonstrar, uma regra tomada isoladamente, em si e por si, não é o direito objetivo, um ato jurídico, para que possa ser considerado fonte de direito, deve estabelecer não só regras, mas uma organização social mais ou menos completa.<sup>47quater</sup>

### 19 Relações entre pessoas e coisas: exemplos de tais relações que, de uma perspectiva mais geral, podem ser identificadas como instituições

Se um ordenamento jurídico, ou seja, uma instituição, não pode ser identificado em uma simples relação entre duas ou mais pessoas, muito menos poderá se limitar e se resumir a uma pessoa física. É necessário, ao contrário, que esta tenha uma ligação estável com outros elementos, fazendo com que tal figura da instituição advenha destes últimos. Tais elementos podem ser constituídos também por coisas, ou seja, por objetos de um direito ou de qualquer poder relativo a uma pessoa. Mas quando estas são levadas em consideração como elementos de uma instituição, o seu caráter jurídico não pode totalmente reduzir-se ao de simples *res*. Entre uma coisa como tal e uma pessoa — entre o sujeito e o objeto —, surge, como salientamos (§ 18), uma relação, sendo que não basta isso para que surja uma instituição.

Vale a pena esclarecer o nosso conceito com alguns exemplos, sendo que então poderemos aplicá-lo em situações que parecem ser interessantes por identificarem a figura da instituição em lugares onde ela, algumas vezes, fica na penumbra, porque seus elementos são situados em uma simples relação de natureza real ao invés do que na sua verdadeira posição.

Antes de tudo, no que concerne ao Estado como instituição típica e característica, pode ser recordado que a doutrina distinguindo os Estados

<sup>47quater</sup> [Também sobre a natureza dos negócios jurídicos, a minha opinião atual é diferente daquela mencionada no texto: estes geram não somente relações, mas também normas que regulam estas relações e são, jurídicas, ou seja, institucionais, enquanto a autonomia sobre a qual se fundamentam advém do Estado e pelo Estado são protegidas. Ver, sobre este assunto, vários dos meus escritos e, por último, ROMANO, S. *Principii di diritto costituzionale generale*. *Op. cit.*, capítulo XIII, § 6, nº 61.]

que possuem uma personalidade própria daqueles que não a possuem freqüentemente considerou estes últimos como objetos do direito do Príncipe, do monarca, o qual, então, estaria acima e além do Estado.<sup>48</sup> Do nosso ponto de vista, estas concepções e outras análogas parecem inexactas, ou, ao menos, insuficientes. Sem querer retomar certas figuras de Estados que esperam ainda serem esclarecidas de um modo apropriado, como, por exemplo, o "Estado patrimonial", podemos nos limitar a observar que o Estado é sempre e sobretudo um regime, um ordenamento jurídico, uma instituição em que o monarca, os súditos, o território, as leis são somente elementos. Portanto, a instituição também compreende o monarca, sendo que ele não está nem fora, nem acima dela, e sua posição não é independente desta última, mas, ao contrário, é uma atitude particular dela. É um ponto fundamental do direito que se concretiza na instituição. Rei e reino necessariamente constituem, desta perspectiva, uma unidade inseparável. O segundo, então, não pode ser considerado como uma *res* ligada ao primeiro somente por uma relação de pertença extrínseca: entre um e outro existe uma identificação que advém do fato do Estado ser uma instituição, da qual o monarca é um elemento como qualquer outro. A opinião contrária se fundamenta em uma avaliação inexacta da posição de soberano que ocupa o monarca. É verdade que, algumas vezes, ele vem qualificado como *dominus* ou senhor do Estado, mas isto significa somente que é o chefe do Estado, portanto, implicitamente, parte integrante e não simples proprietário. A antiga questão que diz respeito ao fato de em determinados Estados o rei estar acima da lei é muito diferente daquela dele estar acima do Estado. O rei pode ser considerado como acima dos seus súditos, da sua terra, das leis que ele emana e revoga. Se quisermos usar uma terminologia moderna, podemos também dizer que súditos, terra e leis são objeto do seu poder; mas, em todo caso, se trata de elementos individuais do Estado, não do Estado na sua integralidade, no qual o monarca está compreendido. O rei, em outras palavras, não possui um direito de domínio meramente individual, mas um direito que compete a ele como membro soberano do Estado e que, portanto, implica em uma posição dele neste último. De resto, em ordenamentos similares, se trata de um domínio que excede muito aquele que um sujeito tem para com o simples objeto da sua potestade. Disto

<sup>48</sup> Sobre a doutrina do Estado-objeto e sobre a figura do monarca acima do Estado, ver JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*<sup>2</sup>. Op. cit., p. 164 ss, 669 ss. Parece-nos, porém, inexacto envolver, como faz Jellinek (p. 165-166), a doutrina do Estado-objeto com aquela, por alguns mais mencionada do que analisada, do Estado como Instituto (*Anstalt*), [palavra utilizada em sentido diferente daquele da nossa instituição: se trata de duas teorias da qual uma representa um notável aperfeiçoamento da outra. Ver ROMANO, S. *Principii di diritto costituzionale generale*. Op. cit., capítulo VI, § 1, nº 10 e § 3, nº 7].

se extrai que os efeitos do seu exercício podem se resumir em modificações da estrutura, da organização, das leis do Estado, e, deste modo, na emanação de um novo direito objetivo. Mesmo a alienação ou transmissão do Estado de um monarca a outro possui tal caráter e importa não só na alienação ou transmissão de um direito, mas na perda de um *status* pessoal, na saída do rei do reino e no ingresso neste de um novo rei. A verdade é que a concepção do Estado como objeto se fundamenta somente em aparências. Talvez ela se inspire no desejo de contrapor à figura do Estado-sujeito uma figura que representasse, também na terminologia, a sua perfeita antítese. O Estado é sempre uma instituição que, sendo ou não dotada de uma personalidade, compreende o chefe-de-Estado; se não fosse assim, não teríamos mais como identificar o direito objetivo, do qual os direitos e os poderes deste último são somente manifestações.

Deste macrocosmos jurídico que é o Estado, se pode passar, reforçando as observações já feitas com outras análogas, a instituições menores ou mesmo mínimas, nestas compreendidas algumas que o jurista freqüentemente não tem a ocasião de submeter à sua análise, mas que não são, por isso, menos interessantes. Quando qualquer indivíduo, no âmbito em que ele pode ser considerado quase como um rei no seu reino, ou seja, em sua casa (no seu sentido mais amplo), estabelece um ordenamento que vale para os seus familiares, para os dependentes, para as coisas que estão à sua disposição, para os seus hóspedes e, assim por diante, ele, substancialmente, cria uma pequena instituição, a qual se coloca como chefe e faz parte integrante. Tal figura não deve ser buscada nas leis do Estado. Tais leis tomam em consideração por conta própria, individualmente e através de outros pontos de vista, o domicílio de uma pessoa para garantir a sua liberdade, as suas relações com as outras que constituem a sua família – ou estão ao seu serviço –, com as coisas relativamente às quais terá qualquer direito e assim por diante. Mas tudo isso será indiferente, ao menos de modo direito, no que concerne àquele "direito doméstico"<sup>49</sup> de que falamos e o

<sup>49</sup> Falou-se de um "direito doméstico" (*Hausrecht*), sempre mais em sentido subjetivo e fundamentado no direito objetivo estatal, a diferentes propósitos: em matéria de inviolabilidade de domicílio (ver, por exemplo LISTZ, F. v. *Lehrbuch des D. Strafrechts*. Berlin, 1905, p. 401 ss. [25. edição, p. 581 ss.]), assim como de alguns poderes que se sentiu a necessidade de distinguir do poder disciplinar (ver, por exemplo, HUBRICH, E. *Die parlamentarische Rechtsprechung und Disciplin*. Berlin, 1899, p. 419 ss, 424 ss.; ROMANO, S. Sulla natura del regolamento parlamentari. *Archivio giuridico*, LXXV (1905); TEZNER, F. *Die Volkswirtschaft*. Wien, 1912, p. 416 ss. etc.). Foi atribuída também ao Estado, no âmbito do próprio território, uma "potestade domiciliar": DONATI, D. Stato e territorio. *Rivista di diritto internazionale*, VIII (1914). Bem diferente e maior relevo possuem os ordenamentos da Casa e da Corte real, a autonomia – que tem também essa uma particular figura – concedida pelo direito de alguns Estados a algumas famílias nobres etc.

qual o direito estatal negligencia. Trata-se de um ordenamento interno autônomo que reúne sob um governo e uma direção uma série de elementos diferentes, pessoas e coisas, que considera de um ponto de vista próprio. É deste modo que, enquanto para as leis do Estado ter-se-á, por exemplo, somente o sujeito de um direito real sobre uma casa, se esta é de sua propriedade, ou de um direito advindo de um contrato de locação; para o "direito doméstico", ao contrário, tal relação será sem importância e aquela casa será sempre e somente um elemento da instituição que nesta se insere, o âmbito onde se exerce um poder que seu chefe somente enquanto tal, e não por ser proprietário ou locatário.

Analogamente, qualquer pessoa chefiando um estabelecimento comercial ou industrial, ou uma escola, poderá lhe dar um regime, uma certa ordem, uma organização. Também em todos estes casos teremos pequenas instituições, microcosmos jurídicos, onde o elemento pessoal, o *dominus* da instituição, poderá ser resumido em um só indivíduo, que unindo e coordenando outros elementos, constituirá com eles a unidade que poderá ser chamada, em sentido amplo, de empresa. Ela será uma instituição, vista do seu direito interno, e, como tal, terá um chefe, um legislador, pessoas submetidas, próprias leis, toda uma coordenação de autoridade e engrenagens administrativas. Portanto, será um mundo em si mesmo, completo no seu gênero e nos seus fins (ver, também, os parágrafos 31, 45, 47). De tal perspectiva do direito estatal, será algo de bem diferente: tal conjunto será descomposto em relações variadas entre as pessoas que dele fazem parte ou, como unidade, será considerada como uma *universitas rerum*, ou seja, como a soma de valores ativos e passivos de um exercício comercial. Deste modo, enquanto o direito do Estado definirá a posição do proprietário desta empresa, a qual será objeto do direito estatal; para o ordenamento interno, o qual nos ocupamos, o proprietário pode permanecer mesmo fora da empresa, quando a esta é preposto um chefe diferente do proprietário, e, de todo modo, quando este assume o governo, não é o seu direito de propriedade que é decisivo, mas a sua qualidade de chefe.

Substancialmente, o caráter de instituição que reveste esta ou aquela entidade advém da sua estrutura, do seu direito interno, e não do modo, que pode ser diferente, com que foram apresentados pelas leis do Estado. E, se observarmos esta estrutura, poderemos ver que possuem algum fundamento as teorias que algumas vezes viram nas mesmas entidades pessoas jurídicas. Não somente na empresa comercial em sentido próprio, mas, também, por exemplo — o que nos pare-

ceu mais estranho<sup>50</sup> —, na embarcação. Teorias inexatas, sem dúvida, porque a personalidade não advém nem do direito estatal, nem, de regra, do direito interno destes entes. Todavia, tais teorias merecem ser lembradas pela intuição que traziam, de que, para o direito interno, para a figura da simples *res* ou da *universitas rerum* — que certamente não se adequa à realidade e da qual todos sentem a insuficiência — se sobrepele uma outra, menos inerte, mais viva, mais animada, da instituição. E, certamente, as leis do Estado fariam bem se levassem em consideração tal fenômeno.

## 20 A instituição e a pessoa jurídica

Se, por um lado, uma relação jurídica ou uma só pessoa física não bastam para concretizar uma instituição, por outro, uma só pessoa jurídica é, por si mesmo, uma instituição. Sem afrontar o tormentoso problema das pessoas jurídicas, podemos extrair alguns corolários dos princípios que vimos desenvolvendo até aqui. Substancialmente, a doutrina sempre teve a justa intuição de que é necessário formular um conceito único válido para todas as pessoas jurídicas, salvo a distingui-las posteriormente em diferentes categorias. Mas não é possível afirmar que ela tenha cumprido a sua tarefa. Para as corporações, o substrato parece consistir em um conjunto de pessoas, enquanto que para as fundações ou instituições em sentido estrito, ela parte da busca de outros elementos, a propósito dos quais também é muito incerta e dividida. Ela chega a um dualismo que, malgrado os esforços mais engenhosos, não foi superado. Somente a doutrina da organização, a qual mencionamos (§ 11), dá ao problema uma solução de conjunto, recorrendo, contudo, como foi possível constatar (§ 13), a um conceito que

<sup>50</sup> FERRARA, F. *Teoria delle persone giuridiche*. Op. cit., p. 704 (e também FERRARA, F. *Le persone giuridiche*. In: VASSALLI, F. (dir.). *Trattato di diritto civile italiano*. Op. cit., p. 86-87. Alguns autores aderiram a este meu conceito de empresa, algumas vezes com variante sugerida por um mal-entendimento dessa: ver, entre outros FERRARA, F. *Trattato di diritto civile*. Roma, 1921, p. 811 ss. Vol. I.; FERRARA Jr., F. *Lezioni di diritto commerciale*. Firenze, 1939, p. 137]; FERRARA, F. *L'azienda*. Firenze, 1945; GRECO. *Profilo dell'impresa economica nel nuovo codice civile*. *Atti dell'Accademia delle scienze di Torino*, 1941-1942; MESSINEO, F. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Vol. I, § 77, n.º 17; VALERI, G. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze, 1945, p. 12. Vol. I. E parece que se associe o código civil de 1942, na definição de empresa, que antes era designada também com o nome de firma, enquanto a actual diferença empresa e firma. A respeito, ver o meu escrito ROMANO, S. *A proposito e dell'azienda agricola*. *Rivista di diritto agrario*, 1944].

não salienta o verdadeiro significado jurídico. Ela o formulou, melhor, em termos que não tem nada de jurídico. Na nossa opinião, a pessoa jurídica sempre teve como base um ordenamento de direito objetivo que se concretiza e se conclui nesta e por esta, ou seja, uma instituição, no sentido acima desenvolvido. Nem as pessoas que dela fazem parte, mesmo quando são corporações, nem o seu patrimônio, nem os seus órgãos ou repartições, nem o seu objetivo, nenhum destes é o substrato da personalidade. Este é, sempre e somente, o ordenamento jurídico que se encontra naquelas pessoas, que destina o patrimônio, específica os seus órgãos, sendo tudo coordenado a um fim específico. Quando falamos de ordenamento jurídico como substrato da pessoa jurídica, queremos nos referir ao seu ordenamento – que podemos afirmar ser interno –, e não aquele que pode se referir a esta por parte de uma instituição superior e mais ampla, em que a primeira é compreendida, como poderia ser, por exemplo, o caso do Estado. Seguramente, este ordenamento jurídico mais amplo pode atribuir a personalidade, mas nunca o fará tomando por base o ordenamento desta, que constitui para o primeiro um pressuposto necessário, um substrato essencial. Substancialmente – sendo que aqui não é possível nos alongarmos sobre tal assunto – uma instituição assume o caráter de pessoa quando, seja em virtude do seu próprio ordenamento, seja devido a um outro, sempre porém tendo por base o seu próprio ordenamento, é considerada como entidade dotada de própria vontade. Quando, em outras palavras, a vontade materialmente manifestada por certos indivíduos, que são elementos em sentido amplo (membros, órgãos, administradores) da instituição, com as formas e para as finalidades que impõe a estrutura, passa a ser considerada vontade da instituição.<sup>50bs</sup> Isso significa que aquilo que se personifica é somente um ordenamento objetivo, pensado e construído, fazendo com que possa produzir aquele efeito, que possa ser considerado como uma entidade capaz de querer, ou por si mesmo ou por outros. Esta variada fonte da personali-

<sup>50bs</sup> FERRARA, F. *Le persone giuridiche*. In: VASSALLI, F. (dir.). *Trattato di diritto civile italiano*. Op. cit., p. 25, nota 2, e p. 28, nota 1, observou, contra a minha opinião formulada no texto, que pode existir uma pessoa que não tenha uma própria vontade e que esta, de todo modo, serve pelo agir e não pelo ser da pessoa. Aqui não é o caso de examinar a consistência das teorias, por assim dizer, voluntaristas da personalidade: se tais teorias devem ser rejeitadas, e não nos parece que isso possa ser feito sem ao menos conservar os elementos de verdade que contém, algumas das observações que fiz no texto devem ser retocadas ou anuladas. Permanece, porém, o conceito fundamental de que a pessoa jurídica que seja um corpo social (e algumas vezes a personalidade é atribuída a entidades abstratas ou ideais, a entidades não humanas, a deuses, santos etc.) é um ordenamento jurídico, uma instituição que por si mesma ou por outro ordenamento é considerada como titular de poderes, direitos e obrigações.

dade explica porque um ente possa algumas vezes constituir uma pessoa pelo seu próprio ordenamento e não por um outro (como, por exemplo, acontece com os chamados entes de fato não reconhecidas como pessoas jurídicas pelo Estado: vide parágrafo 31) e, ao contrário, como um ente possa não ser considerado uma pessoa (por exemplo, certos Estados em que a vontade do soberano tem valor como tal e não como vontade do Estado), enquanto em outro ordenamento, como seria o caso do internacional, é considerado como pessoa. É sempre necessário que o ordenamento interno ofereça a possibilidade da personificação, que se trate de uma entidade que, se não atribui a si mesma personalidade, faça ao menos com que os outros possam lhe atribuir.

Se tudo isso é verdade, podemos deduzir que o ato com que se fundamenta uma pessoa jurídica é sempre um ato que gera direito objetivo, mesmo quando, sob outros aspectos, assuma uma diferente figura, como, por exemplo, a de qualquer negócio privado. De fato, este será sempre o seu “estatuto” ou a sua “base de fundação”, independente do modo com que venha a ser designado, será sempre a sua lei fundamental. Nem sempre a doutrina soube distinguir estes dois aspectos que o mesmo ato pode ter, conforme o mesmo seja analisado sob a perspectiva do ordenamento centrado na pessoa jurídica ou por outro ordenamento que possa ser tomado em consideração, e que, de regra, é o do Estado. Daí advém uma série de questões que não tem razão de ser e que são, de qualquer maneira, mal delineadas. Deste modo, também é possível explicar melhor o motivo pelo qual o Estado intervém com isso que se chama de reconhecimento, quando a pessoa jurídica deve gerar efeitos através do direito estatal. Sem querer aqui afirmar que seja necessário buscar neste tipo de conceito a explicação para o antigo princípio, em que a atribuição ou o reconhecimento da personalidade por parte do Estado era apresentada como uma *lex specialis*. Mas parece que, por esta perspectiva, possamos melhor esclarecer a natureza do mesmo ato.

## 21 A nossa concepção do direito a respeito de alguns problemas concernentes: 1) ao caráter jurídico da potestade do Estado; 2) à extensão da personalidade do Estado; 3) à relevância jurídica do seu território e da nacionalidade

A concepção de direito que desenvolvemos nos permite, utilizando simples princípios que desta advém, tomar uma postura decidida contra

uma certa tendência que se está propagando. Trata-se da tendência que considera como meta-jurídicos alguns fatos ou momentos que a doutrina tradicional sempre, com razão, incluiu no domínio do direito. Deve ser reconhecido, somente, que tal doutrina é mais exata e profunda no que se refere às conclusões a que chega, do que nas premissas de onde parte. Melhor, partindo destas premissas, ou seja, de um conceito de direito insuficiente – anteriormente mencionado –, tal doutrina não poderia justificar aquelas conclusões caso sentisse necessidade de fazê-lo. Ao contrário, a mais recente tendência – que possui o mesmo ponto de partida, ou seja, a noção de direito que adota –, chega a conclusões que são mais lógicas, mas que na realidade são menos verdadeiras e, conseqüentemente, podem ser consideradas – contra as intenções dos seus autores – como demonstrações da inadmissibilidade do seu primeiro postulado.

Entre estes pontos, que erroneamente são excluídos da órbita do direito, suspendendo-os em uma espécie de limbo, convém listar alguns. Falaremos de outros posteriormente; enquanto outros já foram mencionados, como é o caso dos acordos internacionais, que deveriam, segundo uma determinada opinião, serem considerados fora do direito internacional (§ 17).

- 1) Antes de tudo, é necessário citar a potestade do Estado, que alguns autores reputam ser uma potestade de fato, é um atributo pré-jurídico do mesmo.<sup>51</sup> Esta concepção é, ao menos fundamentalmente, sugerida pela idéia de que o direito é sempre e em qualquer caso fundado em tal potestade, fazendo com que a sua posição fosse a de um limite *a quo*, de um *prius* em relação ao ordenamento jurídico. Ainda, se afirma que tal ordenamento uma vez emanado pode vir a limitar esta potestade, dando a ela, portanto, um poder jurídico que ela

51 Ver PEROZZI, S. *Istituzioni di diritto romano*. Firenze, 1906, p. 57, em nota [2. edição, 1928]; PETERONE, I. *Op. cit.*, p. 140 ss., 149; MARINONI, M. La natura giurídica del diritto internazionale privato. *Rivista di diritto internazionale*, 1913, p. 348, 358; MARINONI, M. *La responsabilità degli Stati*. *Op. cit.*, p. 9 ss.; BRESCHI, B. La volontà dello Stato nell'ordine giurídico internazionale. *Rivista di diritto internazionale*, 1914, p. 422. Outros (OTTOLENGHI, G. Intorno ai fonti del diritto internazionale pubblico. *Giurisprudenza italiana*, 1902, p. 21 do extr.) posteriormente afirmaram que a capacidade do Estado corresponde mais à capacidade natural do que à capacidade jurídica do indivíduo. Enfim, a doutrina que submete o Estado ao direito devido a uma auto-limitação do primeiro, vem a dizer, substancialmente, que somente em um momento posterior a sua primeira aparição, a potestade estatal adquire caráter jurídico.

não teria no seu momento originário, na sua primeira afirmação. Evidentemente, tal opinião se fundamenta no princípio que combatemos, ou seja, de que o ordenamento jurídico estatal seja somente o conjunto das regras e dos preceitos que o Estado emana se valendo do seu poder legislativo. Ao contrário, Estado e ordenamento jurídico estatal não são, como foi dito, dois fenômenos diferentes e nem mesmo diferentes manifestações de um mesmo fenômeno, mas são a mesma coisa. Conseqüentemente, isso significa que uma atribuição essencial do Estado, como a sua potestade, nunca é extra ou pré-jurídica, mas nasce com este e com o seu ordenamento, que sempre a disciplina e a regula. Que este seja o poder de pôr um novo direito, não significa que precede o direito. Esta manifestação se afirma na órbita que lhe é permitida por um direito preexistente, cuja primeira vida é a mesma de tal potestade. Se isso é verdade, pode ser deduzido que a teoria da auto-limitação do Estado – qualquer que seja o elemento de verdade que contenha – não pode ser acolhida nesta formulação ampla demais que lhe foi dada.<sup>52</sup> Sem dúvida, o Estado se auto-limita quando põe o seu ordenamento jurídico, mas não existe algum momento em que ele não seja limitado, justamente por ser, desde a sua origem, um ordenamento. Sua autolimitação pode ser somente uma limitação a mais. Portanto, a lei nunca é, como freqüentemente se acredita, o começo do direito. É, ao contrário, uma complementação ao direito precedente (na hipótese que este tenha lacunas) ou uma modificação do mesmo.<sup>53</sup> Desta forma, o legislador não é o criador do direito no sentido pleno e absoluto do termo, seu primeiro criador; daí advém a falta, nele, de um poder para anulá-lo completamente. Para anular o direito, deveria decretar o fim do Estado.

52 Ver JELLINEK, G. *Die rechtliche Natur des Staatenvertrages*. Wien, 1880, p. 9 ss.; JELLINEK, G. *Gesetz und Verordnung*. Freiburg im Breisgau, 1886, p. 199 ss.; JELLINEK, G. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen, 1919, p. 95 ss., 214 ss. da tradução italiana; JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*?. *Op. cit.*, p. 367 ss.; RANIELLETTI, O. *Principii di diritto amministrativo*. Vol. I. Napoli, 1912, nº 94, etc.

53 De uma perspectiva muito diferente, ou seja, partindo da opinião que um ordenamento jurídico nunca possui lacunas, ver DONATI, D. *Il problema delle lacune dell'ordinamento giurídico*. *Op. cit.*, p. 136 ss. que afirma que a lei nova é sempre modificação do direito preexistente. Porém, tal afirmação, deduzida daquelas premissas, não poderia valer para primeira lei.

- 2) Encontra-se muito próxima da primeira opinião, anteriormente exposta, ou, até, sempre junta com ela, a opinião que faz com que a personalidade do Estado sofra uma espécie de decapitação ao negá-la justamente nas suas mais altas manifestações, reconhecendo-a plenamente em outras que a ela estão subordinadas. Segundo alguns autores,<sup>54</sup> de fato, o Estado poderia ter personalidade somente enquanto não se apresenta ou age através do seu próprio órgão soberano, que, para nós, seria o poder legislativo, em outros casos, o poder constituinte. Tal fenómeno porque este órgão se subtrairia a toda e qualquer regulação jurídica. E não é informado que, se isto fosse verdade, a única conclusão a que logicamente poderia se chegar é de que o Estado, não somente não deveria, neste seu aspecto, ser considerado como pessoa, mas não poderia ser tomado em consideração pelo direito. O poder legislativo (ou, em outros Estados, o poder constituinte) não seria objeto, mas somente premissa do direito constitucional. O que seria contrário à verdade, porque este último regula não só a estrutura de tais poderes – que ele mesmo institui –, mas também a sua função, pelo menos no aspecto processual e formal. Na nossa opinião, no que concerne o poder legislativo, também no aspecto substancial, mesmo que parcialmente (§ 22 *sub* 4).

- 3) Por motivos em parte análogos, também foi negado que, do ponto de vista do direito interno, o território do Estado tenha relevância jurídica. Trataria-se de um elemento constitutivo do Estado e, consequentemente, seria exterior e anterior ao direito.<sup>55</sup>

O mesmo aconteceria no que se refere à nacionalidade ao significar pertença ao Estado, sendo por si privada de valor jurí-

<sup>54</sup> KEUSEN, H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Op. cit., p. 395 ss., 434 ss.; KEUSEN, H. *Ueber Staatsunrecht. Zeitschrift für das priv. u. öff. Recht.*, LI, 1913, p. 4 ss.; DONATI, D. *Stato e territorio. Rivista di diritto internazionale*, 1914, p. 320 ss. (o qual por equívoco também me atribui tal opinião); FALCHI, A. *I fini dello Stato e la funzione del potere*. Sassari, 1914, p. 28; BRESCHI, B. *na Rivista di diritto internazionale*, 1914, p. 421; ANZILOTTI, D. *Corso di diritto internazionale*. Vol. III, Parte I. Roma, 1915, p. 2 ss. [parece, contudo, que ele abandonou tal opinião na edições posteriores: 3. edição, 1928, p. 39 ss.; edição alemã, p. 309 ss.]; ANZILOTTI, D. *Il concetto moderno dello Stato e il diritto internazionale*. Roma, 1915, p. 10.

<sup>55</sup> MARINONI, M. *Dell'ammissione della Tripolitania e dalla Cirenaica. Rivista di diritto e procedura penale*, 1912, p. 7 ss, do extr. [também em MARINONI, M. *Scritti vari*. Città del Castello, 1933, p. 102].

dico, uma condição puramente política dos indivíduos, um simples pressuposto de poder e de deveres jurídicos.<sup>56</sup>

Uma e outra opinião – além de possuírem uma visão que para nós é inaceitável e que logo analisaremos – são alimentadas pela crença de que todos os elementos que determinam a existência do Estado sejam anteriores ao direito. Isto tendo por base o seguinte raciocínio: o direito é posto pelo Estado; então, o Estado vem antes do direito; portanto, tudo o que constitui o Estado é anterior ao direito. E não se vê que o que liga os diferentes elementos de onde este último advém é e somente pode ser o ordenamento jurídico; que é justamente tal ordenamento que determina a estrutura estatal e faz de cada uma das suas partes um de seus em outras palavras, que Estado e ordenamento jurídico estatal são a mesma coisa.<sup>56bis</sup>

## 22 Exame crítico dos posicionamentos que salientam o ordenamento jurídico somente enquanto reflete relações entre mais pessoas. Aplicações a respeito: 1) à sanção do direito; 2) ao território e à nacionalidade; 3) aos órgãos do Estado; 4) aos limites da função legislativa

Mas não só os elementos constitutivos do Estado possuiriam carácter extra-jurídico, porque precederiam a posição do direito; também uma série importantíssima de momentos da sua vida posterior ou ficariam abso-

<sup>56</sup> MARINONI, M. *Della condizione giuridica degli apolidi secondo il diritto italiano. Atti del Reggido Istituto veneto*, LXXIII, p. 147 ss. [e em MARINONI, M. *Scritti vari*. Op. cit., p. 201 ss.].

<sup>56bis</sup> [Que o Estado seja uma entidade não jurídica em si e por si, e que, deste modo, exista um conceito de diferente natureza anterior ao conceito jurídico, é, como ocasionalmente mencionamos, uma afirmação comum: ver, entre outros, REHM, H. *Allgemeine Staatslehre*. Freiburg im Breisgau, 1899, p. 11 ss., 159 ss.; JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*<sup>3</sup>. Op. cit., p. 137 ss., 162 ss.; SEIDLER, G. *Das juristische Kriterium des Staates*. Tübingen, 1905, p. 17 ss.; RANELLETTI, O. *Principii di diritto amministrativo*. Op. cit., n.º 87-88, 91, 111; MARINONI, M. *L'universalità dell'ordine giuridico statale. Rivista italiana di diritto pubblico*, 1916, p. 236, e em MARINONI, M. *Scritti vari*. Op. cit., p. 355; MARINONI, M. *La responsabilità degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*. Op. cit., p. 20; DONATI, D. *La personalità reale dello Stato. Rivista di diritto pubblico*, 1921 etc.].



lutamente excluídos do domínio do direito ou seriam por este considerados somente em alguns pontos secundários e de reflexo. As concepções que mencionamos partem, antes de tudo, implicitamente, do mesmo postulado de sempre – que o ordenamento jurídico é somente um complexo de normas –, e, em segundo lugar, elas especificam e reduzem o objetivo ou, se assim se quer, o objeto de tais normas encontrando-o nas relações que podem surgir entre vários sujeitos. Tudo o que não se traduz em uma destas relações não teria alguma relevância jurídica. Seria supérfluo esperar combater de modo especial tais pontos de vista, tendo justamente buscado demonstrar, nas páginas precedentes, o quanto estavam errados os pressupostos de ambas: ou seja, na identificação do direito objetivo com as normas e a sua limitação ao regulamento das relações entre mais sujeitos. Não será todavia inútil uma breve menção a algumas entre as mais notáveis aplicações, das quais aquelas concepções parecem comportar.

- 1) Tivemos já oportunidade de mencionar (§ 8) a doutrina segundo a qual a sanção não poderia ser considerada um elemento essencial do direito e vimos como a demonstração de tal ponto de vista seja fundamentada no conceito de que o direito seja somente norma de relação entre os sujeitos, para os quais estabelece deveres e direitos. Outros, partindo de considerações análogas, não negaram que o ordenamento jurídico se apóie sobre um sistema de sanções ou coações, mas consideraram que isso possa ser importante para o filósofo, não para o jurista. Em outras palavras, a sanção seria extrajurídica justamente porque, “como garantia da ordem jurídica, deve ser deduzida abstratamente do conjunto das normas objetivas”, e para o jurista existem somente tais normas, consideradas individualmente a respeito dos deveres e dos poderes que dela advêm, independentemente da sua finalidade no que concerne ao sistema jurídico.<sup>57</sup> A observação tem aquele fundo de verdade que também buscamos salientar: só é evidentemente inaceitável a conclusão que dela se tira e que, partindo de um diferente conceito de direito, se elimina por si.
- 2) Ainda, a opinião antes mencionada, de que o território do Estado e a cidadania não podem ser valoradas da perspectiva jurídica, não se fundamenta somente na consideração de que estes são elementos constitutivos do Estado e – consequente-

mente, segundo aquelas visões –, anteriores ao seu direito, mas também na consideração de que são do interesse do jurista as relações individualmente que as normas individualmente determinam, tendo como referência os elementos e não a sua posição no conjunto. Como isso leva a uma valorização que é ao menos incompleta e, por isso, errônea do território e da nacionalidade, pode-se ver facilmente nas doutrinas daqueles que, abandonando a primeira das já citadas considerações, por não terem considerado que o território seja elemento constitutivo do Estado, adotam, ao contrário, somente a segunda idéia. Então, a concepção absolutamente nihilista que mencionamos, é substituída por uma outra, que, certamente, corresponde mais à realidade, fazendo entrar no direito o que é de sua pertinência, mas permitindo a entrada somente por uma pequena janela e com graves amputações. Deste modo, no direito interno, prescindindo do direito internacional, o problema acerca do caráter do território do Estado se restringe aos seguintes termos: qual relação jurídica acontece entre o Estado e os súditos a respeito do mesmo território?<sup>58</sup> Aqui não interessa a resposta que é dada a esta pergunta; o que importa é salientar que desta forma é suprimido o problema, que é o fundamental, da posição jurídica que o território possui em relação ao Estado. Partindo do pressuposto que este não seja um dos seus elementos constitutivos (o que não nos parece inexacto), os poderes que o Estado tem sobre tal objeto devem ser avaliados em si e por si, e não naqueles momentos secundários e derivados, que concernem às suas relações com os súditos.

- 3) Substancialmente, é sempre o mesmo erro que se repete em muitos campos do direito público e, algumas vezes, do direito privado. Erro que consiste em não reconhecer alguma importância jurídica ao ordenamento em que uma instituição se constitui, a não ser quando este reflete relações entre mais sujeitos. Uma das mais absurdas conclusões que se tira de tal concepção, e que encontra muitos e respeitáveis adeptos,<sup>59</sup> é a negação de todo caráter jurídico às relações entre o Estado e os seus órgãos, entendidos enquanto repartições, ou mesmo en-

<sup>58</sup> O problema vem abordado deste modo por DONATI, D. Stato e territorio. *Rivista di diritto internazionale*, 1914, p. 535 ss.

<sup>59</sup> Ver entre os mais explícitos, JELLINEK, G. *Sistema dei diritti pubblici subietivi*. Op. cit., p. 123 ss., e, por último, RANELLETTI, O. *Principii di diritto amministrativo*. Op. cit., n.º 116 ss, p. 174.

<sup>57</sup> MARINONI, M. *La responsabilità degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*. Op. cit., p. 35 ss.

tre os seus vários órgãos. Basta simplesmente salientar que tais órgãos não são sujeitos de direito para extrair desta observação justíssima, ligada a uma inexacta concepção de direito, uma série de deduções que, na nossa opinião, negam a realidade mais evidente. Entre tais órgãos se desenvolve, sob os olhos de todos, uma série de atos, de processos importantíssimos para o direito, que deles se ocupa de modo minucioso, fazendo-os objeto de leis, de regulamentos, de disposições de todo tipo; mas tais relações não teriam caráter jurídico – e não sabemos qual outro caráter poderiam ter – somente porque se esgotam no interior da organização estatal. Caso, posteriormente, estas relações acabassem por se traduzir em atos que possuam algum valor para os súditos (o que nem sempre acontece), então não somente tais atos – se note bem – mas também as relações inter-orgânicas que as prepararam e precederam, adquiririam importância para o direito. Trata-se de uma importância, como se vê, indireta e externa, uma sombra da vida, melhor, uma momentânea galvanização. Cessada ou perdida de vista aquela relação, que seria somente um dos seus efeitos e, ainda, não necessário, estas, para quem as observa com olhos límpidos, continuam na realidade a se desenvolver, a se entrecruzar e de um modo não arbitrário, mas segundo um ordenamento muito complexo. O jurista também as vê e não pode deixar de vê-las, mas ele, que tem uma idéia formada sobre o direito, da qual não pensa se distanciar, julga que são somente “sombras vãs, menos no aspecto”.

Esta certamente não é a ocasião para examinar o conceito e a natureza dos órgãos do Estado, impessoalmente considerados como suas repartições, se as relações entre estes devem ser apresentadas como relações reflexivas do mesmo Estado ou de outros modos. Aqui importa somente salientar que, não só tais relações, mas a posição de cada um dos órgãos perante o Estado não pode ser determinada partindo da concepção comum de direito. Esta, de fato, não só conduz às consequências que mencionamos, mas, se rigorosamente aplicada, leva à afirmação<sup>60</sup> de que o conceito de órgão tem um valor juridicamente nulo. Somente a relação entre o Estado e as pessoas prepostas às suas repartições poderia ter importância jurídica. Contudo,

tal perspectiva é evidentemente inadmissível. Este, ao atribuir valor jurídico somente para os momentos da organização estatal que implicam em relações com os funcionários, tem o mesmo defeito da outra, que atribui relevância jurídica aos atos de tal organização somente se concernem às relações com os súditos. As duas doutrinas se completam reciprocamente, e não se compreende como alguns defensores da segunda tenham rejeitado a primeira. Porém, mesmo fundidas e se completando reciprocamente, elas não fazem com que seja certo todo o fenômeno da organização estatal. Tal fenômeno, ao contrário, se demonstrará plenamente e intrinsecamente quando se aceitar o princípio que tenham posto em geral, de que o direito não é somente norma de relações, mas é sobretudo e antes de tudo, organização. De fato, o primeiro problema que se propõe o ordenamento jurídico estatal, e do mesmo modo qualquer outra entidade, não é como devem ser reguladas as relações do Estado com os seus súditos e com os seus funcionários, mas é outro acerca do modo com que se devem distinguir as suas repartições, coordená-las, separá-las, agrupá-las, submeter e antepor umas às outras, controlá-las e assim por diante. Somente após são tomados em consideração os funcionários, e estes – em linha principal – não como sujeitos de direitos ou deveres, com o qual se têm determinadas relações, mas como meios para fazer o Estado querer ou agir. O direito (e aqui se encontra o lado frágil da doutrina da representação), não os trata como pessoas que querem ou agem pelo Estado, mas como homens que fazem querer ou fazem agir o Estado. Estes poderiam também ser um exercício de escravidão, já que o que importa – neste momento – não é a capacidade jurídica deles, mas a sua capacidade natural. E tudo isso também postula o princípio de que no direito se insere não só a vontade já formada ou ação já aplicada pelo Estado em relação a outros sujeitos, mas também aquilo que torna juridicamente possível a formação de tal vontade ou a concretização de tal ação.

- 4) A falsa concepção por nós mencionada se repercute ainda em muitos problemas mais particulares.<sup>60bis</sup> Um dos mais impor-

<sup>60</sup> FERRARA, F. *Teoria delle persone giuridiche*. Op. cit., p. 623 ss. [de modo diferente na sua mais recente obra *Le persone giuridiche*. Op. cit., p. 89 ss.]

<sup>60bis</sup> [Entre estes problemas merece ser observado também aquele da representação política: veja-se a obra de minha autoria *Principii di diritto costituzionale generale*. Op. cit., capítulo XI, § 3, especialmente n.º 6].

tantes e dos mais típicos é aquele que concerne os limites da função legislativa. Se e de qual modo tal função seja juridicamente limitada, é, na nossa opinião, questão que deve ser resolvida não de modo abstrato, mas conforme os vários direitos positivos. E, no que concerne o direito italiano, afirmamos em uma outra ocasião a existência de limites.<sup>61</sup> A possibilidade destes vínculos foi, em linha geral, limitada por alguns – no campo do direito interno – porque o Estado, em relação aos súditos, não teria nem poderia ter nenhum dever jurídico de emanar ou não emanar uma lei.<sup>62</sup> As normas do direito constitucional – que falam de vínculos deste tipo –, deveriam ser entendidas como se estabelecessem somente deveres, em relação ao Estado, para as pessoas físicas que constituem os órgãos legislativos. Evidentemente este modo de ver parte da concepção que exclui da esfera do direito todas, as relações que não acontecem entre dois ou mais sujeitos e, conseqüentemente, no presente caso, que não se desenvolvem entre o Estado e os súditos ou os seus funcionários. Deste modo surge, rapidamente, a justa delimitação do problema, que deveria indagar-se, em um determinado ordenamento, os órgãos legislativos devem – ou em relação ao Estado, ou nas suas recíprocas relações, ou também na sua própria posição, considerada em si e por si – respeitar certos limites.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> No escrito *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano. Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiano*, I, 1902. [veja-se, agora, os citados *Principii di diritto costituzionale generale. Op. cit.*, cap. XXII, § 1, n.º 2]

<sup>62</sup> TRIEPEL, H. *Op. cit.*, p. 264 ss. No mesmo sentido, ANZILOTTI, D. *Il diritto internazionale nei giudizi interni*. Bologna, 1905, p. 205, nota 2, o qual afirma que os únicos limites jurídicos que o Estado moderno encontra na sua função legislativa são aqueles que advêm do direito internacional, "pela impossibilidade de encontrar, em qualquer outro caso, um sujeito correspondente à obrigação jurídica do Estado".

<sup>63</sup> Tenhamos em consideração o direito da Igreja, para o qual mesmo a suprema autoridade de legislativa é vinculada pelo *ius divinum*, sem que a este seu vínculo corresponda o direito de algum sujeito.

23 Algumas conseqüências da nossa concepção a respeito do aspecto subjetivo do direito: quanto à relação jurídica; aos *status* das pessoas; aos direitos reais; quanto à correlação entre direitos e obrigações; à igualdade ou desigualdade dos sujeitos

Como é facilmente possível constatar através do que dissemos, a delimitação que delineamos e desenvolvemos do direito em sentido objetivo é importante mesmo para as doutrinas que se referem ao direito em sentido subjetivo. Não podemos nos alongar aqui sobre esta matéria, que envolve problemas tão difíceis e diferenciados, mas certamente são vários os conceitos e os institutos que poderiam ser iluminados ou mesmo reificados.

E, antes de tudo, o conceito de relação jurídica que, na hodierna dogmática, quando não foi excessivamente ampliado até lhe fazer perder qualquer consistência,<sup>64</sup> acabou por ser freqüentemente limitado – também de modo excessivo – às relações que acontecem entre duas ou mais pessoas. Tal fenômeno, acreditando que somente estas relações se insiram na matéria que forma o objeto do direito objetivo, enquanto este, ao contrário, tem, como tivemos ocasião de verificar, braços bem mais largos. Esta opinião faz com que sejam deixados fora do direito – pré-jurídicos ou extrajurídicos – momentos que, ao contrário, são neste essencialmente compreendidos, mas, também, leva a deformação de outros conceitos, reduzindo-os àquele de relação, entendida no sentido descrito.

Entre tais deformações, podem ser mencionadas aquelas que algumas vezes foram impostas ao conceito de *status*,<sup>65</sup> quando, como aconteceu para o *status civitatis* e como poderia acontecer para outros, foi até

<sup>64</sup> KEISEN, H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Op. cit.*, p. 705 ss., concebeu a relação jurídica como a relação de um sujeito com o ordenamento jurídico: o que, de resto, tinha sido defendido, antes dele, por CICCALA, F. *Rapporto giuridico, diritto subbiettivo e pretesa*. Torino, 1909, p. 10 ss. [2. edição, Firenze, 1935, p. 12 ss.]. Isso não significa que tal visão seja em si mesma errônea; mas parece que esta se refira a uma coisa bem diferente daquela que se toma em consideração quando se fala, no sentido tradicional, de relação jurídica.

<sup>65</sup> Veja, sobre tal problema, REDENTI, E. *Il giudizio civile con pluralità di parti*. Milano, 1911, p. 91 ss.; ARANGIO RUIZ, V. no *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, XXI, p. 237 ss.; CICU, A. *Il concetto di status*. Napoli, 1914 (extr. dos *Scritti in onore del Simoncelli*. Napoli, 1917).

mesmo negado, justamente por não ser relação jurídica, mas simples suposto de relações.<sup>66</sup>

Do mesmo modo é, na nossa opinião, inexacto definir os direitos reais salientando o que se poderia chamar aspecto externo deles, ou seja, a relação entre o sujeito titular e outras pessoas, ou o poder que tem o primeiro de excluir os outros da coisa e de proibir que o impeçam de usar esta última. O aspecto fundamental e principal do direito real é, ao contrário, na nossa opinião, o domínio que se tem sobre a coisa, domínio que, devido ao prejuízo mencionado, freqüentemente se considera, ao contrário, como *res merae facultatis*, juridicamente indifferente. Se queremos conhecer o direito real como uma relação e, ao mesmo tempo, atingi-lo no seu verdadeiro conteúdo, a única estrada é admitir a existência de uma relação jurídica entre uma pessoa e uma coisa.

Como conclusão de tudo isso temos que, por um lado, é possível manter para o conceito de relação jurídica, conforme a tradição, uma extensão mais ampla do que aquela que algumas vezes, agora, se quer a ela atribuir. Por outro lado, não é necessário encontrar a sua figura onde ela efetivamente não existe, somente tendo por base o pressuposto errôneo de que não seria possível de outro modo a valoração jurídica de certos fatos, elementos ou situações. Desta perspectiva, nos parece que devem ser acolhidas com reserva as doutrinas que, no direito processual, fizeram um uso que nem sempre é facilmente justificável e não necessário do conceito de relação.

Uma vez estabelecido que o ordenamento jurídico não regula somente relações, sobretudo se entendidas como relações entre direitos e obrigações, passa a faltar qualquer tipo de fundamento à teoria — amplamente admitida, mesmo que freqüentemente seja contrária ao direito po-

<sup>66</sup> Vide a opinião sobre a cidadania, acima mencionada, de Marinoni. E não somente o conceito de *status*, mas também o da personalidade é lógico que venha, por tal ponto de vista, destruído, fragmentado nas relações individuais que a ele se coligam. Deste mesmo modo, afirma MARINONI, M. *La natura giuridica del diritto internazionale privato*. Op. cit., p. 351, em nota de rodapé: "a personalidade jurídica de um sujeito — qual seja a ordem jurídica que a conceda — pode ser constituída somente pela atribuição, em e por esta ordem jurídica, de um ou mais direitos, de um ou mais deveres, fazendo com que não se possa atribuir nem reconhecer a personalidade independentemente de determinados direitos ou de determinados deveres, que somente podem constituí-la e caracterizá-la". Outros, porém, (TELLINEK, G. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*. Op. cit., p. 51 ss.) conceberam a personalidade jurídica analisada integralmente como uma relação: esta "não é sobretudo um ser, mas uma relação que intercede entre um sujeito e outros sujeitos e o ordenamento jurídico".

sitivo —, de que a cada obrigação jurídica de um sujeito deva necessariamente corresponder o direito de um outro sujeito. Tal teoria, que poderá ser verdadeira no campo do direito privado moderno, ao menos na maior parte dos casos não poderá ser sustentada no que concerne ao direito público. Este último, mesmo agora, e de modo mais evidente nos ordenamentos anteriores ao atual, nos mostra uma série de obrigações dos entes públicos as quais não se refere nenhuma pretensão a favor dos súditos.<sup>67</sup> Trata-se de um fenômeno notavelmente importante para a correta delimitação de muitos problemas, sejam gerais, como o da natureza dos direitos públicos dos particulares, sejam mais específicos, como, por exemplo, o apenas mencionado que se refere aos limites da função legislativa. Pode-se, melhor, ir além, sendo que esta concepção pode servir para avaliar de modo mais exato o que tem sido feito, o significado e a envergadura da proposição recíproca de que a todo poder público corresponda um dever dos súditos. Esta relação deve ser entendida em sentido geral e, mais do que no âmbito específico de relações concretas, na posição integral que é dada aos entes públicos perante os particulares, e vice-versa.

Observação esta última que, assim como as precedentes, pode servir para demonstrar a inadmissibilidade da opinião — recentemente por muitos mencionada<sup>68</sup> — de que, perante o direito objetivo, todos os sujeitos devem ser considerados iguais. Este ponto de vista parte, de modo evidente, do pressuposto de que o ordenamento jurídico contemple somente relações entre direitos e obrigações individualmente determinados e atribuídos pela norma e, que, conseqüentemente, prescindida da posição recíproca dos sujeitos enquanto não se traduz em uma de tais relações, em que direitos e obrigações se correspondam. Deste modo, a

<sup>67</sup> Vide algumas observações neste sentido em CICU, A. *Il diritto di famiglia*. Roma, 1915, p. 143 ss.; CARNELUTTI, F. *La prova civile*. Roma, 1915, p. 59-60. Vol. I, em nota de rodapé le agora muitos autores: vide a minha obra *Principii di diritto costituzionale generale*. Op. cit., capítulo VIII, § 2, n.º 4, e, por último, MIELE, G. *Principii di diritto amministrativo*. Pisa, 1945, § 41.

<sup>68</sup> PETRONE, I. Op. cit., p. 140 ss.; MARINONI, M. *La rappresentanza di uno Stato da parte di un altro Stato*. Venezia, 1910, p. 260 ss.; MARINONI, M. *La responsabilità degli Stati*. Op. cit., p. 9 ss.; KELSEN, H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Op. cit., p. X, 225 ss e 702 ss.; SCHENK, Die Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechts. *Oesterreich Zeitschrift für öff. Recht*, I, 1914, p. 72. Contra Kelsen, vide TEZNER, F. *System der obrigkeitlichen Verwaltungsakte*. *Oesterreich Zeitschrift für öff. Recht*, I, 1914, p. 5 ss., e também NAWIASKY, H. *Forderungen - und Gewaltverhältnis*. In: *Festschrift für Ziehmann*. München und Leipzig, 1913, p. 13 ss.

sujeição dos indivíduos perante o Estado seria pré-jurídica e evocaria a tese paralela que foi examinada no § 21, que reconhece igual caráter ao *imperium* estatal. Nos lugares em que domina o direito, a relação jurídica seria somente uma "relação de recíproca e igual imputação". Essa tese talvez não deveria ser considerada exata, nem mesmo a partir da limitada perspectiva que se refere ao conceito de relação jurídica. De qualquer modo, é uma opinião que está superada, quando se afirma que a posição genérica e integral do Estado, ou seja, sua potestade de supremacia, assim como a posição dos súditos, isto é, sua dependência e sujeição, se inserem justamente no campo do ordenamento jurídico, melhor, são e podem ser determinados somente por esse último.

## 24 Considerações conclusivas

A noção que demos de direito se justifica não somente por exigências de ordem abstrata, mas, também, pela necessidade de evitar que seja proposta uma solução para muitos problemas concretos – os quais mencionamos alguns – que não nos parece exata. Se reivindicamos as fronteiras do direito, estas são, ainda assim, as mesmas que a tradição sempre materialmente indicou, mesmo sem ter tentado elaborar uma exata definição teórica dele. Fizemos isso por considerarmos necessário face a uma tendência que em muito depauperou e, ainda, desfigura o direito naquele campo que lhe é concedido. Quisemos tentar tal reivindicação nos mantendo rigorosamente no campo de uma concepção positiva do direito e evitando qualquer tipo de ponto de vista jusnaturalista. O conceito de instituição que encontramos, ou melhor, com o qual identificamos o ordenamento jurídico, é o conceito mais positivo que uma doutrina jurídica pode assumir no seu fundamento: a instituição não é uma exigência da razão, um princípio abstrato, um *quid* ideal, é, ao contrário, um ente real, efetivo. Por outro lado, temos considerado tal ente não da perspectiva das forças materiais que o produzem e o regem, não em relação ao ambiente em que se desenvolve e vive como fenômeno interdependente com outros, não em relação aos nexos de causa e de efeito que a ele se ligam, e, conseqüentemente, não do prisma sociológico, mas em si e por si, enquanto advém de um ordenamento jurídico, ou melhor, é um sistema de direito objetivo. Tivemos, naturalmente, que ir até as últimas regiões em que é possível respirar a atmosfera jurídica, mas nunca devemos ultrapassá-las. E, enquan-

to a teoria comum é obrigada a delimitar o campo do direito abstratamente e perante incertezas, nós tentamos concluir o direito em si mesmo, ou seja, em uma entidade objetiva, que é o seu princípio, o seu reino e o seu fim.

Não será supérfluo repetir que o conceito de direito objetivo que temos formulado, não quer eliminar (ao contrário!) aquele através do qual este se apresenta como norma ou complexo de normas (v. *supra*, *passim* e especialmente o § 10). Somente quisemos demonstrar a necessidade de que este último se inclua no primeiro, como conceito não tão amplo e secundário, que não pode ser definido e valorado de forma exata se é isolado do todo o qual faz parte e com o qual se encontra em conexão orgânica. Na nossa opinião, todas as normas que se encontram em um determinado direito positivo são somente elementos de um amplo e complexo ordenamento e se apóiam nesse, que é a sua base necessária e imprescindível. Para nos limitarmos ao direito estatal, existem ramos deste em que o elemento norma é aquele que se sobressai e pode até mesmo ser considerado – até um certo ponto – exclusivo. É o que acontece, por exemplo, com o direito privado e o direito penal, não obstante que, para o primeiro, constatamos que alguns dos seus aspectos não podem ser entendidos ou se entendem mal quando prescindimos da noção mais ampla de ordenamento jurídico. Podem ser recordados, entre estes aspectos ou momentos, as pessoas jurídicas e determinadas instituições, como a família, sobre a qual se afirma a existência de unidade, mas não se define exatamente o que esta última seja, ou como a empresa, improrpiamente relegada entre as *universitates* das coisas inertes. Para determinados ramos do direito estatal, a nossa doutrina adquire uma maior relevância. O direito constitucional não se esgota nas normas que regulam as relações do Estado, melhor, contempla, antes de tudo e na sua máxima parte, o Estado em si e por si, nos seus elementos, na sua estrutura, nas suas funções, que, como aquela legislativa, não geram relações individuais e concretas. Este é o campo em que a concepção do direito como instituição é tão decidido e amplo que esquecê-lo ou negá-lo significa anular, ou quase, todo o direito constitucional. Mas também o direito administrativo, antes de disciplinar as relações que nascem da função administrativa, é o direito que estabelece a organização dos entes que a exercitam. Igualmente, o direito processual, nos seus ulteriores desenvolvimentos, se fundamenta sobre a organização do poder judiciário, e assim por diante. Daí advém que,

nos tratados científicos destes ramos do direito, quando são expostos os momentos em que uma instituição se apresenta e se afirma na sua estrutura, se vai diretamente para as partes em que prevalece a concepção do direito como norma, tendo-se a sensação de uma mudança de ambiente e de que o tratado assume um tom diferente. Isso é perfeitamente natural e necessário por corresponder a diferentes momentos e aspectos do direito. Mas quem não sabe explicar esta necessidade e crê que o verdadeiro, o puro direito, esteja somente onde a norma domina, esta sensação se torna a um estado de desconforto e de mal-estar, sendo freqüentemente impulsionado a excluir, quase sempre a limitar o tratado das outras partes. Deste modo, em particular na doutrina alemã, os administrativistas freqüentemente sobrevoam a teoria da organização administrativa,<sup>69</sup> e no campo do direito processual, mesmo entre nós, se descuida muito do assim chamado ordenamento judiciário, reduzindo-o a poucas noções preliminares. Conclusões extrínsecas, indiretas e freqüentemente não ouvidas, mas sintomáticas, da concepção unilateral de direito, que procuramos melhorar.<sup>69bis</sup>

<sup>69</sup> Vide as observações de MAYER, O. *Deutsches Verwaltungsrecht*. I. Berlin, 1896. p. 17-18, sobre o oportunidade para o direito administrativo alemão de excluir a análise da organização administrativa enviando-a ao direito constitucional ou ao *Staatsrecht*. Trata-se, de modo evidente, de um simples expediente para evitar de colocar juntas duas exposições em que, em cada uma delas, prevalece uma perspectiva diferente. Na primeira edição do seu tratado (I, p. 14), o mesmo autor tinha ido mais além, afirmando que a organização administrativa não é necessariamente ordenamento jurídico [de modo diferente na 3.ª edição, 1934, I, p. 18]. Tal opinião é, de resto, comum na doutrina germânica: vide, em especial, o escrito de ANSCHÜTZ, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeits der Behörden insbesondere*. *Archiv für öff. Recht*, V.

<sup>69bis</sup> Não é fácil resumir os vários comportamentos da doutrina em relação a nossa opinião, que identifica o conceito de ordenamento jurídico com aquele de instituição, entendida esta última no sentido que atribuímos a tal palavra. Não levando em consideração certa literatura e certas críticas que parecem evidentemente não mudadas de consistência científica e demonstram uma absoluta incompreensão dos problemas fundamentais da teoria geral do direito, deve ser observado que a minha concepção encontrou resistências especialmente entre os filósofos do direito e entre os juristas que a paralisaram do ponto de vista filosófico. Vide os escritos já citados na nota 33<sup>bis</sup> e em outros escritos de Del Vecchio, Misceli, Cesarini, Sforza, Volpicelli, Crisafulli, Capograssi, Bobbio e, ainda, de CAMMARATA, A. *Contributo ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*. Roma, 1925. p. 49 ss., p. 158 ss. Vol. I.; CAMMARATA, A. *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*. Catania, 1926; CONDORELLI, O. *Ex facto oritur ius. Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1931, p. 585; PASSEBINI D'ENTREVES, A. *Il negozio giuridico*. Torino, 1934. p. 44 ss.;

PERTICONE, G. em vários escritos e, por último, em *La théorie du droit*. Paris, 1938. p. 49 ss.; BATTAGLIA, F. *Corso di filosofia del diritto*. Roma, 1940. p. 170. Vol. II.; ORESTANO, F. *Filosofia del diritto*. Milano, 1941. p. 103, 143, 278 etc. Não é sempre fácil, porém, especificar até a que ponto e em que sentido alguns autores sejam contários a minha concepção e, tanto menos, se a tenham entendida sempre de modo exato. Algumas vezes, de fato, estes a rejeitam em si e por si, mas, posteriormente, fazem aplicações dela, coisa que logicamente pressuporia a aceitação da mesma. Outros reconhecem que, ao delinear-la, não tive, como expressamente declarei, intenções filosóficas, mas, não obstante, insistem em analisá-la criticamente em campo filosófico (por exemplo, Bonucci, Peticone). Outros, ao contrário, mesmo negando a ela valor filosófico, aderem à mesma, como se pode notar no campo da dogmática jurídica (Volpicelli, Crisafulli, Capograssi). Não faltam, ainda, autores que a aceitam, mesmo para os fins da filosofia do direito: MAGGIORE, G. *Filosofia del diritto*. Palermo, 1925. p. 127, em outros escritos, como em *Principii di diritto penale*. Bologna, 1937. I, n.º 2 e 3; e, ao menos em parte, CARLINI, em *Nuovo Digesto italiano*. Torino, 1938. p. 887. Vol. IV, verbete *Diritto*, n.º 7. Entre os juristas, sempre prescindindo dos não poucos que absolutamente não entenderam o meu pensamento, vide em sentido contrário: FERRARA, F. *Trattato di diritto civile*. Roma, 1921. p. 13. Vol. I, nota; ORLANDO, nos dois escritos citados, não obstante ele tenha rejeitado várias as críticas que me foram dirigidas; MAJORCA, C. *Il riconoscimento della personalità giuridica degli enti privati*. Palermo, 1933. p. 311; CHIARELLI, G. *Lo Stato corporativo*. Padova, 1936. p. 135 ss.; ainda que seja contrário a teoria normativista; do mesmo autor vide, também, *La personalità giuridica delle associazioni professionali*. Padova, 1931. p. 152; MORTATI, C. *La costituzione in senso materiale*. Milano, 1940. p. 58 ss., ao menos substancialmente, p. 126 ss., p. 212; ZICCARDI, P. *La costituzione dell'ordinamento giuridico internazionale*. Milano, 1943. p. 71 ss., não obstante o reconhecimento de alguns resultados que eu teria obtido (vide, também, p. 108 ss., p. 120 ss.); etc.

Podem ser listados entre os que aderem a minha teoria, no seu todo ou em parte, além dos escritores acima citados — que rejeitam a minha opinião do ponto de vista filosófico, mas a aceitam do ponto de vista jurídico (Volpicelli, Crisafulli, Capograssi) — e além do também citado Maggiore: CRISCUOLI, G. *La discrezionalità nelle funzioni costituzionali*. Roma, 1922. p. 32; MASTINO, G. *Analisi critica delle più recenti teorie sul concetto e i caratteri della legge in senso materiale*. Cagliari, 1923. p. 187 ss.; RUFFINI, F. *Corso di diritto ecclesiastico*. Torino, 1924. p. 70. Vol. I.; LEVI, A. *Saggi di teoria del diritto*. Bologna, 1924. p. 70; BRESCHI, B. *La Società delle Nazioni*. Firenze, p. 87 ss.; CERETTI, C. *L'ordinamento giuridico internazionale*. Genova, 1925; FEDOZZI, P. *Op. cit.*; LONGHI, em *Diritto del lavoro*, 1927. I, p. 903; SALEMI, G. *Op. cit.*, p. 244 ss.; SALEMI, G. *Corso di diritto corporativo*. Padova, 1935. p. 77 ss.; BALDONI, C. *Op. cit.*; ROCCO, A. *Lezioni di diritto penale*. Roma, 1933. p. 42, e em *Annali di diritto penale*, 1935. p. 976; MANZINI, V. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino, 1933. I, n.º 103; CARSTIA, C. *Saggio critico sul valore e l'efficacia della consuetudine nel diritto pubblico*. Macerata, 1919. p. 18 ss.; CARSTIA, C. *Corso di istituzioni di diritto pubblico*. Catania, 1935. n.º 4; PARESE, E. *Diritto, norma, ordinamento. Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1933. p. 14 ss.; MONACO, R. *Op. cit.*, e também na verbete "Ordinamento giuridico", no *Dizionario pratico di diritto privato*, IV, p. 518 ss.; ZANOBINI, G. na verbete "Stato", na *Enciclopedia italiana*, XXXIII, p. 621; ZANOBINI, G. *Corso di diritto ecclesiastico*. Pisa, 1936. p. 10 ss.; MIELE, G. Le situazioni di

necessità dello Stato. *Archivio di diritto pubblico*, I, 1936, p. 418, 419; MIELE, G. *Principii di diritto amministrativo*. Op. cit., I, § 1; SINAGRA, V. *Principii del nuovo diritto costituzionale italiano*. Napoli, 1935, p. 18 ss.; BISCARETTI DI RUFFIA, P. Op. cit., e agora no volume *Lo Stato democratico moderno nella dottrina e nella legislazione costituzionale*. Milano, 1946, p. 43 ss.; SCHMITT, C. Op. cit., p. 11 ss.; MESSINEO, F. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Padova, I, § 1, n.º 10, 15, 16; § 4, n.º 20, 21, 23 etc.

No que concerne a outros autores, não estou seguro se interpreto de forma exata o pensamento deles. PICCARDI, L. La pluralità degli ordinamenti giuridici e il concetto di diritto. In: *Scritti in onore di Santi Romano*. I Op. cit., p. 256 ss., *passim*; CARNELUTTI, F. *Metodologia del diritto*. Padova, 1939, p. 40, 65 e CARNELUTTI, F. *Teoria generale del diritto*. Roma, 1940, p. 95, 96, § 54; AGO, R. *Lezioni di diritto internazionale*. Milano, 1943, p. 22 ss., parece que consideraram que o conceito de ordenamento jurídico coincide com aquele de organização, e, conseqüentemente, de instituição, e este último com o de um complexo ou sistema de normas (ou de comandos, conforme a terminologia de Carnelutti, ou de valorações, conforme a terminologia de Roberto Ago). Não consigo compreender como um comando, uma norma, uma valoração, que em si e por si não seria jurídica, adquire a juridicidade devido ao fato de pertencer a um sistema de normas, de comando ou de valorações, ou seja, quando faz parte de um conjunto de outras normas sendo que nenhuma delas seria por si jurídica: não-direito mais não-direito não pode ser igual a direito. Se por organização, sistema etc. não é entendido um simples complexo de normas, mas algo diferente, não se chega ao conceito de instituição, sendo esta entendida como entidade social que não advém somente de normas e em que um ordenamento jurídico se concretiza na sua integridade e no seu aspecto fundamental e primário? Em outras palavras, parece que os autores há pouco mencionados parem na metade do caminho certo. Fenômeno que se revela também na terminologia por esses utilizada: a palavra "organização", de fato, é usada em sentido muito impróprio se deve designar somente um complexo de normas, que, considerado em si e por si, não é certamente uma organização.

Sobre as relações que o problema tem com aquele que se refere ao caráter estatal ou não do direito, vide a literatura citada na nota 94.<sup>bis</sup>

Substancialmente, as objeções mais importantes que se movem contra à teoria institucionalista do direito, como foi por mim formulada, são resumidas muito brevemente nas seguintes:

- 1) O conceito de instituição não parece claramente e precisamente definido. Sobre este ponto, vide a nota 30<sup>bis</sup> e também a 29.<sup>a</sup>
- 2) O conceito de instituição não é um conceito jurídico. É uma observação evidentemente infundada, se consideramos o fato de que este foi elaborado como equivalente ao de ordenamento jurídico e, conseqüentemente, não poderia ser mais jurídico. Vide a nota 30<sup>a</sup>, as páginas do texto a que esta se refere e o que se observou no § 24;
- 3) É um conceito tautológico. Na mesma nota 30<sup>a</sup> e no § 24 observamos que este, ao contrário, é uma conseqüência necessária e uma demonstração da autonomia do conceito de direito, que não deve ser definido tendo por referência conceitos ou elementos não jurídicos;

- 4) O conceito de instituição pressupõe o de direito, é anterior a este último e, conseqüentemente, não pode se resumir neste. Sobre este ponto, deve-se recordar o que afirmei no texto, em especial no § 15, e nas notas 30,<sup>ter</sup> 33,<sup>bis</sup> no § 21 e na nota 56.<sup>bis</sup>
- 5) O direito expressa uma exigência deontológica, enquanto a instituição é um fato e o que é não pode ser identificado com o que deve ser. É evidente que com isso somente se re-afirma a concepção normativa do direito, sem trazer a sua defesa nenhum argumento para rebater os aduzidos contra essa. Deve ser notado que não exclui o caráter normativo e relacional do direito, mas procurei integrar, como me parece necessário, este caráter com o institucional, salientando as relações que o primeiro tem com o segundo. Estou convicto de que esta necessidade advém, além de exigências de ordem jurídica, também de exigências de ordem filosófica de diferentes tipos, quais seriam as atinentes à distinção do direito da moral e da economia, em uma palavra, das outras manifestações da assim chamada atividade prática, assim como a explicação da existência do *ius voluntarium* e da sua natureza e ao mesmo problema da função do direito. Mas não quero derogar o propósito de neste livro me manter no campo estritamente jurídico. Limite-me, conseqüentemente, a observar que, quando se atribui ao ordenamento jurídico caráter exclusivamente normativo, isso talvez, algumas vezes, seja sugerido pelo fato de que a ciência jurídica ou, melhor, aquela ciência jurídica que se chama jurisprudência, é uma ciência normativa: deste modo se incorre em um equívoco similar àquele em que se incorreria se do caráter normativo da gramática se quisesse inferir um igual caráter da língua. De resto, é notório que a teoria exclusivamente normativa da ciência jurídica esta em declínio: vide entre outros, BOBBIO, N. *Scienza e tecnica del diritto*. Torino, 1934; PICCARDI, L. Op. cit., p. 260, 283; ZICCARDI, P. Op. cit., p. 113; AGO, R. *Lezioni di diritto internazionale*. Op. cit., p. 43; GUELLI, V. Op. cit., p. 16 ss.; etc.
- 6) O conceito de ordenamento jurídico não pode se referir a todas as instituições, mas deve se limitar ao Estado, ou, ao mais, a alguma outra instituição. Mostraremos, no capítulo segundo, o quanto é infundada a mais restritiva destas opiniões e a arbitrariedade também lógica das outras.]

---

II

A PLURALIDADE DOS ORDENAMENTOS  
JURÍDICOS E AS SUAS RELAÇÕES