

Ordenamento jurídico e conceito de Estado

DJACIR MENEZES

(Prof. da Universidade do Brasil)

No presente trabalho o ilustre Prof. Djacir Menezes, estudando o ordenamento jurídico e o conceito de Estado à luz do direito moderno, discute com segurança estes problemas que tanto preocupam os técnicos e filósofos do Direito. Sua atitude, todavia, não é de pura especulação intelectual. Dissertando sobre a norma jurídica e sua relação com o Estado, ele procura dar à questão um caráter de imediata aplicação ao grupo social, o que equivale a dizer, um caráter objetivo. Em síntese: uma questão teórica estudada com preocupação prática. (N.R.):

QUANTO mais primitiva é a cultura, tanto mais se esbatem, indefinidos, os contornos da personalidade individual, assimilada à comunidade — observou Sternberg. (1) E' o progresso humano que vai destacando e acentuando os valores humanos, porque a personalidade é, essencialmente, um produto da vida social. São os contactos associativos que a desenvolvem. Ora, só o fato de aludirmos à vida associativa, onde vigem os processos sociais de ajustamento do indivíduo às atividades conjugadas do grupo, percebemos, de logo, estar êle subordinada a normas reguladoras da convivência, que se revelam nos usos e costumes.

Como ensina aquêl autor, “nos usos há os germes, as possibilidades de evolução do conjunto de todos os grupos de normas”. Porém, nesse estado de evolução, as normas acham-se em período de indiferenciação: moral, direito, costumes, confundem-se num corpo normativo difuso.

O conceito de ordem normativa existe, pois, onde quer que consideremos a vida associativa humana. E a êle se liga indiscutivelmente, o con-

ceito de direito, como complexo de normas reguladoras da convivência humana. Daí verificar-se ser êle um produto necessário da vida social, técnica de assegurar a estabilidade da existência coletiva e resultado espontâneo da convivência. E' intrínseco ao conceito de direito o de relação, por que implica a vinculação inter-individual, criada pelas atividades que se estruturam dentro do grupo social.

Tais normas, para disciplinar o comportamento dos indivíduos ou dos grupos, têm certa coatividade, o que implica a existência de um poder social que lhes garante a validade. O poder social se manifesta através de órgão — que pode ser o indivíduo ou um grupo, — diferenciando-se a matéria social em “governantes” e “governados”.

Para Ferrara, o direito “é um produto estatal, como o Estado é a forma social com organização da coação”. O poder é “o elemento aglutinante da sociedade”. (2)

Ora, essa coercitividade recrudescer, torna-se aparelhamento vigorosamente organizado, à proporção que interesses contrários vão criando antagonismos sociais mais fortes, e faz-se mistér assegurar a paz social.

Discutiu-se quem surgiria primeiro: o Estado ou o Direito?

Se compreendemos o direito como normas de conteúdo coativo, a coação exige meios para que se positive e efetive. Êsses meios podem ser difusos (reação da consciência coletiva, censura, etc.) — e não definem órgãos do poder social. Quando, porém, se revelam através de órgãos determinados, é porque se precisou o aparelhamento do Estado. Assim, seriam correlativos os dois conceitos. E' a opinião de Seidler, quando diz que nem o Estado é um produto do direito, nem o

(1) STEMBERG, Einführung in der Rechtswissenschaft, Berlin, n.º 1.º, 1927, ps. 33 segs.

(2) FERRARA, Trattato di Diritto Civile Italiano, Roma, v. 1.º, p. 11 segs.

direito é um produto do Estado. São conceitos correlativos, que se acentuam antitéticos e que, ao mesmo tempo, interpenetram-se, dialéticamente.

De fato, sem levar em conta o poder estatal, que se organiza para eficácia da força coercitiva, portanto, para imprimir "juridicidade" às normas, não conseguimos conceituar o ordenamento jurídico, diferenciando-o de outros regramentos sociais. Mesmo porque a zona onde se estende a eficácia de um determinado sistema de normas depende exclusivamente dêsse poder de coação.

Mas será apenas isso o direito, — ou haverá um direito ideal, racional, imanente à natureza humana, oriundo de uma *recta ratio*, residindo misteriosamente no espírito, em postulados invariáveis? Várias escolas defenderam êsse direito natural, sob argumentações místicamente variadas. A escola histórica opôs-se à explicação tradicional, vendo no direito um processo social que varia segundo as condições históricas de cada povo. *Ferrara* objeta que essa *ratio naturalis*, de *Ulpiano* não era a mesma *ratio naturalis* de *Rousseau*... Êste já vivia no tempo do capitalismo comercial moderno, em reação contra os privilégios feudais.

Melhor ainda a refutação de Tobias Barreto:

"... Foi tão natural conceber as primeiras formas do direito, como regras de convivência social, quanto natural lhe foi, por exemplo, conceber as primeiras formas de armas, o arco, a flecha, ou outra qualquer, — como instrumentos de trabalho, como utilidades, como meios de vida. Onde está a diferença? Entendâmo-nos, portanto: — não existe um direito natural, mas pode-se dizer que há uma lei natural do direito. Isto é tão simples como si alguém dissesse: não existe uma linguagem natural, mas uma lei natural da linguagem; não há uma indústria natural, mas uma lei natural da indústria; não há uma arte natural, mas uma lei natural da arte". (3)

É, portanto, um produto social e humano, é um processo essencialmente cultural; e é notável que o grande sergipano, escrevendo ainda em 1898, tivesse formulado êsse princípio de sociologia culturalista moderna:

"A cultura é a antítese da natureza, no tanto quanto ela importa uma mudança do natural, no intuito de fazê-lo belo e bom".

Não uma antítese mecânica — esclareçamos — advinda de fora da natureza, mas antítese orgânica, que dela nasce, e se destaca, e idênticamente se lhe opõe. Daí poder-se inferir o direito, processo de disciplinamento normativo, criado por obra do próprio homem, como sendo um processo natural e, ao mesmo tempo, artificial, — porque a própria razão é produto histórico, sociologicamente integrada e definida dentro de condições naturais e sociais.

Jus est quod jussum est. O direito tem que ser estudado e analisado na sua positividade, — no ordenamento coercitivo elaborado no curso da evolução cultural humana.

* * *

O conceito de Estado, como admitimos aqui, está no seu sentido mais amplo: o de coletividade onde se organiza o poder de coação. Não nos serviria a vaga definição de *Kant*: reunião de homens que vivem sob leis jurídicas. Nem a de *Hegel*: a substância ética consciente de si mesma.

Georgio del Vecchio dá-nos outro conceito: "é o sujeito da vontade que estabelece uma ordem jurídica". Para êle, a nação seria a comunidade natural, fundada sobre uma série de vínculos naturais. Mas é o vínculo político, que se constata na discriminação de "governantes" e "governados", que poderá fornecer critério para caracterização do Estado.

"Da idade média à Revolução Francesa — escreve *Del Vecchio* — prosseguindo na mesma direção, chegou-se à concepção do chamado regime paternal ou Estado — polícia ou Estado Providência — teorizado entre outros por *Wolff* — no qual toda a atividade, desde a religiosa até a econômica, deve ser disciplinada pelo Estado". (4)

Enquanto essa teoria orienta-se para a absorção do indivíduo pelo Estado, inicia-se, com o Renascimento, a reação individualista.

De toda parte rompem ataques contra a ordem feudal e os interesses da aristocracia territorial.

(3) BARRETO, Tobias, *Questões Vigentes*, p. 125, obras Completas, IX, 1926, Estado de Sergipe.

(4) DEL VECCHIO, Georgio, *Filosofia del Derecho*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1936, v. II, p. 134.

Os mercados ampliam-se; a vida econômica perde sua base de centros locais de auto-consumo. Crescem os processos de troca, as cidades concentram correntes ativamente comerciais, que reagem contra os regulamentos e privilégios aristocráticos. A par disso, encentivam-se as invenções e descobertas que a indústria reclama. A Ciência vai ser uma expansão das indústrias.

O comerciante será o arauto do livre-pensamento. Tudo serve à crítica que impulsiona o "renascimento". A literatura antiga é um veículo. Mas a Natureza é o grande livro.

E também se faz a crítica das instituições.

A concepção paternalista do Estado sofre suas primeiras restrições. Reclama-se, de princípio, a liberdade religiosa. E' nesse terreno, como observa Del Vecchio, que se começam a investigar os limites da autoridade do Estado. A tirania dos textos sagrados cai ante as novas teorias copernicanas. *Eppur si muove...*

Arvora-se a defesa das liberdades do homem e faz-se a análise dos limites dos poderes de governo. E' o postulado que inspira a Revolução Francesa, quando se definirá a nova concepção do Estado. Kant formula a noção do futuro Estado "gendarme" (que, diga-se de passagem, não se confunde com o "Estado-polícia", anteriormente mencionado), ao assinalar que não lhe cabe a realização do bem comum ou da utilidade e felicidade geral. Acentuam-se-lhe delimitações; não interferir na esfera da livre-atividade individual, ausentar-se do plano econômico, e, acima de tudo, assegurar a ordem estabelecida, vedando sua perturbação.

"O *jus politiae* concedeu ao Príncipe o direito e a obrigação de obviar, com sua autoridade, os perigos que amçassem a felicidade nesta vida, isto é, a segurança e o bem estar dos cidadãos. O objeto do *jus politiae* consistia na preocupação pelo bom estado da coisa pública (*politia*). O Príncipe podia dispôr de tudo que o interesse da *Policey* exigisse, e decidir, discricionariamente, sobre a necessidade de uma disposição e sobre os meios que haviam de aplicar-se para dar-lhe efetividade. Desta maneira se lançaram as bases do poder absoluto do Príncipe. O Estado-polícia ficou implantado". (5)

(5) FLEINER, *Instituciones del Derecho Administrativo*, Editorial Labor, Barcelona, p. 27.

Depois de modificações na vida política que restringem o absolutismo monárquico, com as cartas constitucionais, a teoria do Estado se transforma com o próprio Estado. Tende-se a vincular a Administração pública a regras fixas, limitando o arbítrio dos dirigentes. O Fisco torna-se o eixo do Estado.

O Estado de cultura — *Kulturstaat* — segundo alguns autores, já antecipa a orientação anti-absolutista e democrática; mas não se definem as técnicas para intervir nos setores econômicos e culturais, em geral, assumindo funções importantíssimas de regulador da vida econômica e de assistência social. A isso, sucede, na ordem ideológica, a amplificação da órbita do Direito público, assimilando institutos situados, conforme a concepção romanista, na esfera do direito privado.

Mas enquanto essas transformações se realizam, vão despontando na vida política os grupos econômicos que, concentrando o capital, lutam pela conquista da máquina administrativa para sujeitá-la aos seus interesses particulares. A autoridade, contraditóriamente, tende a restringir sua base social, solicitada pelos organismos financeiros.

Interessa-nos agora analisar a questão da prioridade do direito ou do Estado. Para êsse objetivo, basta expor a crítica feita por um dos mais minudentes analisadores do tema na atualidade: *Hans Kelsen*.

* * *

Kelsen assume posição de combate em face das teorias clássicas. Repele a idéia de assemelhar o Estado a um organismo vivo, acessível até à percepção sensorial, como quis *Rudolf Kjellen*. (6) Refuta a teoria de *Otto Gierke*, sustentando a concepção de um corpo social comparável aos estudados pela biologia, rejeita as doutrinas inspiradas em sociologia marxista, de *Hertwig*, que se filia, sob certos aspectos, às teorias organísmicas. E afirma a identidade absoluta, a do Estado e do Direito. (7)

Já tinha a escola de Marburgo preparado o terreno, quando sustentara que a explicação do Es-

(6) KJELLEN, Rudolf, *Der Stat als Lebens form*, 4 Aufl. p. 31, seg. 1924.

(7) HERTWIG, Oskar, *Der Staat als Organismus*, Jena 1922, p. 1, seg.; p. 11, segs.; Gierke, Otto, *Das Wesen der menschliche Verbands*, 1902, p. 12, segs., Jena.

tado é necessariamente jurídica e só poderá ser feita pelo método jurídico puro. H. Cohen e Stammler por sua vez pretenderam demonstrar que a essência da vida social era a normatividade jurídica. Stammler não vê que o Estado está situado em plano sociológico e o Direito em plano normativo: declara que o Estado é a totalidade das normas reguladoras de condutas humanas. Para que se compreenda a sua natureza — reflete Kelsen — é necessário que a concebamos como unidade, da qual emanam imperativos, portanto, como poder. Mas trata-se, na sua opinião, apenas de um sistema de regras, cuja unidade, o espírito apreende-se melhor, *personificando-a*. (8)

Procurar, na sua opinião, qual o *prius*, si o Estado, si o Direito, é uma especulação sem conseqüências positivas: “são dois aspectos diferentes do mesmo fato” — acentua noutra obra fundamental. Para êle, origina-se essa atitude especulativa de um erro, de uma falsa compreensão sobre a formação do direito positivo, oriunda de uma assimilação entre o homem e o Estado personificado, capaz de *vontade*.

Para êle, é a personificação um meio subsidiário do conhecimento jurídico — *die Personifikation in Hilfsmittel der Rechtserkenntnis ist* — que, por necessidade de construção de “sujeitos de direito”, a vida prática vai sugerindo. O fato de se atribuir ao Estado uma vontade é ainda uma conseqüência daquelas premissas.

Traduz o mesmo pensamento *kelseniano* essa explicação de *Ricasens Siches*: “Entende-se, pois, por Estado, a personificação metafórica da ordem jurídica total. Estado e Direito são duas expressões que designam o mesmo objeto”.

Também se fala em “poder natureza”, dizendo-se que os corpos estão “submetidos às leis naturais”. Houve identificação entre a ordem natural e a ordem estatal. Os homens — adverte-nos êle — especularam primeiro sobre suas relações mútuas, depois sobre as da natureza. Daí terem, anteriormente, utilizado conceitos políticos aplicados à natureza, concebendo-a como Império. Donde poderemos inferir que a idéia de lei natural deriva da idéia de regra. (9)

(8) STAMMLER, Rudolf, *Theorie Der Rechtswissenschaft*, N. 2 Aulf., Halle, 1923, p. 239, segs.

(9) KELSEN, Hans, *Hauptproblem der Staatsrechtslehre*, Tubingen, 1911, p. 406, segs.

Essa distinção tem grande importância para conceituação da norma jurídica.

Distingamos com *Capitant*: *norma* aplica-se em sentido geral; quando na acepção individual, é preferível usar a palavra *regra*. Em que, porém, se distingue a *norma* da *lei*?

Para melhor aclarar a exposição, aceitamos, inicialmente, *gratia argumentandi*, o postulado *kelseniano*. Êle no-lo apresenta como verdade evidente e irreduzível, como categoria lógica: não se confundem os dois mundos: o da “natureza”, onde imperam leis causais, e o da “cultura”, onde vamos encontrar a normatividade, regido por leis teleológicas. Aquêle é o do *ser*, êste o do *dever ser*. Um descreve relações entre fenômenos, o outro *prescreve* direções à vontade. Um se situa no real, outro no ideal. A causalidade necessária não se confunde com a causalidade normativa. Assim, o Estado, conceituado como uma ordem normativa, não é um fenômeno natural, mas um fato da atividade cultural. (10)

Diz-nos ainda:

“E’ pela natureza do laço que une a hipótese à conseqüência, que a lei jurídica difere, essencialmente, da lei natural. Si chamamos à relação definida na regra de direito, entre dois fatos, de *imputação*, esta é, na esfera do sistema denominado Estado ou direito, homólogo ao princípio de causalidade na natureza”. (11)

Não faltaram críticas a êsse formalismo excessivo, que reduzia a realidade do Estado a um ordenamento de regras unificadas. Heller, por exemplo, atacou-a nos fundamentos, considerando muito simplismo aceitar aquela separação feita entre lei e norma. Há que considerar as realidades, que configuram o Estado, êle mesmo sendo uma realidade susceptível de análise e verificação sociológicas. (12)

O Direito é um sistema de normas, mas normas que regulam situações reais dentro do quadro social, onde a vida flui em fenomenologia sutil e complexa. O regramento não é algo separável da

(10) HERTWIG, Oskar, *Der Staat als Organismus*, ed. cit., p. 1, segs.

(11) KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, Berlin, p. 14, segs.

(12) CAPITANT, René, *L'Illicite*, v. 1.º, L'imperatif Juridique, Librairie Dalloz, 1929, Paris, p. 55, segs.

realidade social sinão pela abstração, porque as próprias regras são elaboradas na vida comum, aperfeiçoam-se por um processo cultural, e os órgãos de edição do direito são, por sua vez, ligados aos demais processos sociais.

Estado e Direito são, pois, criações da vida coletiva, resultados de exigências da convivência humana, criadora de estilos e técnicas que permitem o melhor e cada vez menos imperfeito equilíbrio entre os interesses variados que agrupam as diferentes classes sociais.

As "regras do direito" impregnam-se de conteúdo econômico, tornando-se, muitas vezes, simples tegumentos defensivos dos interesses de uma classe dominante, comenta o prof. *Orlando Gomes*.

A análise histórica mostra-nos como, em certas horas e latitudes da civilização, se produziu a rutura dentro dos quadros do direito positivo. (13)

Quanto à concepção de Estado, como vimos analisando está, naturalmente, associada à noção de ordenamento, mas ordenamento que se processa, como fato social, objetivamente perceptível nos dados, nas informações colhidas na história dos povos, dentro dos quadros da vida associativa humana. Dissociar êsse ordenamento da realidade social é criar um problema teórico insolúvel, em domínio de abstração.

O Direito existe para realizar-se e realizando-se. E' regramento de fatos sociais e não conhecimento de fatos sociais, como esclarece René Capitant distinguindo o direito, conjunto de normas, da ciência do direito.

As relações da vida social, protegidas pela dogmática criada pelo Direito, tornam-se relações jurídicas, isto é, relações ordenadas juridicamente, — consideram Gareis e Wenger — decorrentes das próprias necessidades coletivas. (14)

O Estado que surgiu depois do absolutismo, como processo integrativo dos organismos nacionais, é o elaborador central do direito, e êle próprio se vincula ao Direito que cria, a serviços de fins coletivos, que as técnicas constitucionais buscam definir no problema da distribuição de competências.

(13) GOMES, Orlando, *A Crise do Direito*, Bahia, 1945, p. 54, segs.

(14) GAREIS und Wenger, *Rechtszyklopedie und Methodologie*, 5. Aufl., 1920, p. 8, nota da p. 19 segs.

O estudo das relações de direito sugeriu, de muito, a classificação tradicional que as dicotomiza em *direito público* e *direito privado*. A fórmula de Ulpiano dizia que o direito público era o que objetivava o interesse do Estado (*quod ad statum rei Romanae spectat*) e o privado, a tutela dos interesses individuais (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*). Êsse critério dualístico abrange, como observou Crome, a dupla posição do homem em sociedade: como indivíduo, com interesses próprios; como membro da coletividade, com interesses comuns.

A oposição entre os dois domínios não é tão profunda como à primeira vista pode parecer. Mesmo no direito privado, como anota *Jellinek*, o indivíduo é titular de direitos, mas como membro de uma coletividade (*Gesellschaftsmitglied*), e é assim reconhecido pelo Estado como personalidade. Daí, infere que — todo direito privado é por isso mesmo direito social. (15)

Accentuou-se uma viva tendência entre os juristas para modelar as relações de direito público sob categorias lógicas do direito privado. Uma tendência que alguns denominaram de *jus privatista*. Foram aplicando noções e conceitos oriundos do direito privado que os romanos legaram-nos um grande sistema aperfeiçoado. Atendia, além do mais, ao individualismo fundamental da concepção liberal do Estado, que vogou até bem pouco. E a técnica peculiar dos *jus privatum* penetrou largamente dentro da esfera do *jus publicum*, sofrendo apenas as adaptações necessárias.

A corrente oposta, modernamente, amplia-se fortemente. Com as novas diretivas do Direito público, que nasceram da situação social do mundo atual, a recente técnica constitucional mostrou-nos a estatização de muitos processos sociais, consequentemente, a introdução, no campo do direito público, de muitos institutos que ficavam outrora como matéria regulada por normas do direito privado.

Ao procurar determinar a natureza jurídica do Estado, essa orientação civilista concebeu-o como

(15) JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1920, 3. Aufl., p. 383: — "Allein eingehendere Betrachtung isoliert Individuum Traeger der Privatrechte ist, sondern das Gesellschaftsmitglied, das vom Staate als Personlichkeit anerkannt ist. Alles Privatrecht ist daher Sozialrecht".

personalidade: um “sujeito de direito”, que os exercita, o que é um conceito inspirado nas relações estudadas no direito privado. *Spiegel* comenta então: “e como o jurista só se preocupa com os conceitos jurídicos, considera que o Estado está implicado desde que foi constituído em sujeito jurídico ou sujeito soberano”. (16)

Se o direito civil toma como ponto de partida o indivíduo, o direito público toma como ponto de partida a coletividade, o todo, — pondera *Spiegel*. Um é individualista, outro, não. Mera atividade de órgãos que se integram em fins gerais, onde, em primeira plana, não são perceptíveis os indivíduos. As relações jurídicas entre indivíduos compõem a ossatura do direito privado, permitindo se plasmassem conceitos, ficções, técnicas específicas. Estas foram muitas vezes levadas para o campo do direito público. Compreende-se agora porque *Jellinek* escreve num de seus grandes livros que todo o direito privado só é possível fundamentado sobre o conceito de personalidade individual, no reconhecimento de qualidades no indivíduo e todos seus direitos são protegidos e reconhecidos pelo Estado. E evoca, em

(16) SPIEGEL, Ludwig, *Derecho Administrativo Labor*, p. 160, 1933.

nota, o *jus privatum sub tutela juris publici latet*, de Bacon. (17)

Na sistemática do direito moderno, conceitua-se o direito público como aquêle que compreende as normas que regulam a estrutura e o funcionamento do Estado, a regulamentação de sua atividade na realização do interesse coletivo. Divide-se o direito público em constitucional, administrativo, penal, processual e direito internacional público. Interessa-nos fixar aqui o que constitui o objeto nuclear do estudo que faremos a seguir: o direito administrativo e a organização dos serviços públicos.

A distinção entre os dois campos não está nitidamente gisada pelos juristas. *Emile Acolas* e outros mais, já reconheceram a falsa antítese entre o direito público ou político e o direito privado. Mesmo porque essa oposição não é formal e mecânica, mas interpenetra-se orgânicamente. Tal oposição, agravada pelo liberalismo, em plena luta contra as resistências doutrinárias legadas pelo *ancien régime*, cedia ao ambiente da época, quando começavam a prevalecer as forças crescentes do individualismo burguês.

(17) JELLINEK, *ob. cit.*, p. 384, segs.