

HANS Kelsen

**SOBRE O
ILÍCITO DO ESTADO**
*JUNTAMENTE COM UMA
CONTRIBUIÇÃO SOBRE A QUESTÃO
DA CAPACIDADE DELITIVA DAS
PESSOAS JURÍDICAS E PARA A
DOCTRINA DO ATO ESTATAL EIVADO
DE FALHA*

Prefácio de Fernando Dias Menezes de Almeida
Tradução de Matheus Pelegrino da Silva



HANS KELSEN

SOBRE O ILÍCITO DO ESTADO

*JUNTAMENTE COM UMA
CONTRIBUIÇÃO SOBRE A QUESTÃO
DA CAPACIDADE DELITIVA DAS
PESSOAS JURÍDICAS E PARA A
DOCTRINA DO ATO ESTATAL
EIVADO DE FALHA*

Prefácio de Fernando Dias Menezes de Almeida
Tradução de Matheus Pelegrino da Silva



*Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo
Portal de Livros Abertos da USP*

2025



Este trabalho é de acesso aberto. A reprodução parcial ou total deste trabalho é permitida, desde que a fonte e o autor sejam citados e a licença Creative Commons seja respeitada.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Reitor: Professor Titular Carlos Gilberto Carlotti Junior

Vice-Reitora: Professora Titular Maria Arminda do Nascimento Arruda

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Professor Titular Celso Fernandes Campilongo

Vice-Diretora: Professora Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

CONSELHO EDITORIAL - LIVROS ABERTOS DA FACULDADE DE DIREITO

- Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Professora Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia e Vice-Diretora da Faculdade de Direito
- Gustavo Ferraz de Campos Monaco, Professor Titular do Departamento de Direito Internacional e Comparado e Presidente da Comissão de Pós-Graduação
- José Marcelo Martins Proença, Professor Doutor do Departamento de Direito Comercial e Vice-Presidente da Comissão de Pesquisa e Inovação
- Juliana Krueger Pela, Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial e Vice-Presidente da Comissão de Pós-Graduação
- Lucas Fucci Amato, Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito e Secretário Executivo da Coleção
- Sheila Christina Neder Cerezetti, Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial e Presidente da Comissão de Pesquisa e Inovação

O conselho editorial pode convidar pareceristas especializados para a avaliação das obras submetidas, conforme suas áreas e temáticas especializadas

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Kelsen, Hans

Sobre o ilícito do Estado [recurso eletrônico] : juntamente com uma contribuição sobre a questão da capacidade delitiva das pessoas jurídicas e para a doutrina do ato estatal eivado de falha / Hans Kelsen ; prefácio de Fernando Dias Menezes de Almeida ; tradução de Matheus Pelegrino da Silva. -- São Paulo : Faculdade de Direito, 2025.

148 p.

ISBN 978-85-53062-11-9

DOI: 10.11606/9788553062119

Inclui referências bibliográficas

1. Ato ilícito. 2. Ilícito administrativo. 3. Nulidade de ato administrativo. 4. Responsabilidade do Estado. I. Almeida, Fernando Dias Menezes de. II. Silva, Matheus Pelegrino da. III. Título. IV. Título: Juntamente com uma contribuição sobre a questão da capacidade delitiva das pessoas jurídicas ...

CDU – 35:343.35

Bibliotecário Sérgio Carlos Novaes CRB 8 - 6380



SUMÁRIO

Apresentação da obra – Matheus Pelegrino da Silva	4
Prefácio: nas origens de noções fundamentais para uma nova compreensão do Estado de Direito – Fernando Menezes de Almeida	9
Observação preliminar	24
1. O princípio geral	28
§ 1º O ordenamento jurídico e o executivo.....	28
§ 2º A imputação jurídica ao Estado e o conceito de ilícito.....	35
2. O ilícito criminal e civil do Estado.....	44
§ 3º A capacidade delitiva das pessoas jurídicas.....	44
§ 4º O ilícito criminal do Estado.....	57
§ 5º O ilícito civil do Estado e a denominada execução contra o Estado.....	64
§ 6º Personalidade estatal e personalidade do órgão, ilícito do Estado e ilícito do órgão.....	71
3. O ato estatal eivado de falha	75
§ 7º Conceito do ato estatal eivado de falha e classificação das deficiências	75
§ 8º O ato estatal nulo e o [ato estatal] anulável.....	83
§ 9º A mais nova tentativa de sistematização.....	95
§ 10º O estabelecimento de limites entre a nulidade e a anulabilidade.....	97
a) Tendo em conta a importância da norma violada.....	98
b) A partir da oposição entre direito privado e público.....	105
c) A partir da natureza lógico-jurídica da nulidade e da anulabilidade conforme os princípios positivistas	115
§ 11º A relação do ilícito do Estado com o ato estatal eivado de falha.....	125
§ 12º O ato legislativo eivado de falha e o delito do Estado [com natureza de] direito internacional.....	126
4. Ilícito do Estado e responsabilização do Estado por seus órgãos.....	134
§ 13º O significado lógico-jurídico do dogma da infalibilidade jurídica do Estado.....	134
§ 14º Responsabilização do Estado pela antijuridicidade [praticada por] seus órgãos.....	135
Palavra de encerramento: Lícito do Estado e ilícito do Estado	146



Apresentação da obra

Matheus Pelegrino da Silva

Com seu escrito *Sobre o ilícito do Estado** Kelsen oferece uma monografia que trata da natureza jurídica dos atos estatais que contrariam normas jurídicas gerais, ao mesmo tempo em que aborda o problema da prática de atos ilícitos por agentes estatais, por indivíduos e órgãos que estariam agindo em nome do Estado. Esse não é apenas um problema importante para áreas do direito como direito administrativo e direito constitucional, mas também para uma teoria do direito como aquela defendida por Kelsen, uma teoria que defende a identidade do direito com o Estado. Se o Estado é o mesmo que o ordenamento jurídico, observa Kelsen, então como é possível que o Estado seja observado como autor de um ilícito, tendo em conta que o Estado seria o mesmo que o conjunto das normas jurídicas, o conjunto daquilo que é o lícito. Em *Sobre o ilícito do Estado* Kelsen desenvolve uma resposta a essa questão, a qual opera através do tratamento de alguns temas particulares que serão abaixo apresentados.

Na primeira parte de sua obra Kelsen explica em que sentido o Estado precisa ser compreendido como correspondendo e sendo plenamente redutível às normas jurídicas válidas, a um ordenamento jurídico, e logo na sequência ele trata de um problema que já havia sido abordado em seu *Habilitationsschrift* (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*), aquele da maneira como o direito lida com o elemento subjetivo das normas jurídicas, com a noção de vontade, tal como ocorre quando o direito vincula certo ato a determinada pessoa. Para lidar com

* Essa obra, intitulada *Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt*, foi originalmente publicada no *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, v. 40, 1914, p. 1-114. A edição do texto consultada para a elaboração da presente tradução é a seguinte: KELSEN, Hans. **Über Staatsunrecht**. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt. In: JESTAEDT, Matthias (Hrsg.). **Hans Kelsen Werke**. Veröffentlichte Schriften 1911-1917. Band. 3. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. p. 439-531. Para um comentário detalhado a essa obra, o qual também leva em conta o contexto de sua elaboração, cf. CADORE, Rodrigo Garcia. „**Rechtswidriges Recht**“. Die Merkl-Sander-Kontroverse innerhalb der Wiener Schule der Rechtstheorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2024, p. 100-131.



essa questão Kelsen apresenta e emprega uma distinção que ele já desenvolvido em *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, qual seja, a distinção entre vínculo causal e vínculo normativo, causalidade e imputação. É através dessa distinção que ele irá argumentar no sentido de uma compreensão jurídica da noção de vontade, ou seja, uma perspectiva que relaciona atos com certos sujeitos por meio de normas jurídicas, normas sobre imputação.

Relacionado ao tema da maneira como se vincula atos com pessoas físicas ou jurídicas, Kelsen explica de que forma se pode observar certos atos como atos estatais, atos praticados não *por* pessoas físicas, mas sim, em certo sentido, praticados por pessoas jurídicas (e especialmente pelo Estado) *através* de pessoas físicas. É por meio do reconhecimento do fato de que certos atos são *imputados* ao Estado, mas *praticados* por pessoas físicas, seus representantes (seja diretamente, através de um funcionário do Estado, ou de modo mediado, através de um órgão do Estado), que se torna possível para Kelsen afirmar que o Estado como tal, como sendo idêntico ao ordenamento jurídico, não pratica ilícitos, porém os agentes do Estado, por conta de normas de imputação que afirmam que seus atos são atos do Estado, podem praticar ilícitos em nome do Estado. Isso significa que por um lado se pode vincular certo ato ilícito ao Estado, porém por outro lado é possível negar que tal ato seja um ato *do* Estado, pois tal ato apenas é vinculado ao Estado graças ao fato de que o autor do ato em questão agiu em nome do Estado, *ainda que* ele não tenha agido conforme o que as normas gerais do Estado determinam como os limites de sua atuação.

Nos §§ 4º e 5º de *Sobre o ilícito do Estado* Kelsen analisa o significado da possibilidade de um ilícito criminal ou civil do Estado. Nesse contexto ele apresenta a ideia de que o Estado não seria o autor de tais ilícitos, que eles não seriam ilícitos *do* Estado, mas sim ilícitos praticados por indivíduos e órgãos enquanto estes estariam agindo em nome do Estado. Aqui entra em questão a diferenciação entre a vontade do Estado, a qual está expressa nas normas gerais que compõem o ordenamento jurídico, e as normas criadas em nome do Estado, mas que não correspondem à vontade do Estado, às normas que delimitam a



vontade do Estado, mas apenas à vontade dos indivíduos e órgãos que criaram tais normas. Seguindo esse raciocínio, no § 6º Kelsen destaca mais uma vez que não se trata de existirem ilícitos praticados pelo Estado, mas sim de existirem ilícitos praticados por órgãos do Estado, os quais agem de forma ilícita justamente por deixarem de levar em conta o que seria a vontade do Estado.

No § 7º é exposto o significado da afirmação de que um ato seria eivado de falha, bem como são apresentadas diversas formas de classificação das falhas que podem ocorrer, primeiro através da diferenciação entre atos nulos e anuláveis, e depois com respeito às espécies de atos anuláveis. Nessa seção Kelsen também formula uma série de críticas à posição defendida por Walter Jellinek em seu livro *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*.

O § 8º de *Sobre o ilícito do Estado* é dedicado à distinção entre ato estatal nulo e ato estatal anulável, sendo que um dos principais pontos destacados nesta seção consiste na indicação de que dentre os atos impugnáveis é possível encontrar em casos concretos não apenas atos eivados de falha, vício, mas também atos livres de qualquer falha. No § 9º e em parte do § 10º, por outro lado, Kelsen desenvolve uma análise crítica das perspectivas de Walter Jellinek e Kormann quanto à natureza dos atos nulos ou anuláveis. Dentre os temas tratados no § 10º merece destaque a forma através da qual Kelsen concebe a nulidade como algo distinto do ilícito, pois ao contrário de uma norma ilícita, uma norma nula é tratada por ele como uma não-norma, uma norma que não possui natureza jurídica, bem como o fato de que Kelsen relaciona a natureza anulável das normas jurídicas à existência, no ordenamento jurídico positivo, de normas que regulam a impugnação de tais normas. Relacionado a essa discussão, no § 11º Kelsen aponta que ao contrário do afirmado por Walter Jellinek, não é o caso de se tratar dos atos eivados de falha como atos ilícitos praticados pelo Estado, pois atos ilícitos são atos que o Estado não possui a capacidade de praticar, ao passo que atos eivados de falha podem (ainda que não devam) ser praticados pelo Estado.



No § 12º Kelsen trata da possibilidade de um delito do Estado [com natureza de] direito internacional público. No contexto dessa discussão ele destaca que de fato é possível falar em um ilícito do Estado, desde que o fato constitutivo que fundamenta esta afirmação não se encontre em uma norma de direito do Estado, mas sim em uma norma de direito internacional público, pois neste caso de fato se pode observar o Estado se relacionando com o ordenamento jurídico de direito internacional público da mesma maneira como pessoas jurídicas se relacionam com um ordenamento jurídico estatal.

No §13º Kelsen analisa novamente o significado da expressão “The king can do no wrong” e destaca que esta expressão não deve ser compreendida como significando que os órgãos estatais devem buscar se abster da prática de ilícitos, mas sim no sentido de que a doutrina deve interpretar esta afirmação como apontando para a impossibilidade, para o Estado, mas não para os órgãos do Estado, de praticar atos ilícitos. Na sequência dessas observações, no § 14º, Kelsen trata dos problemas relacionados aos argumentos que tentam vincular a responsabilidade do Estado com a ideia de que o Estado teria praticado um ilícito, de que existiria um ilícito do Estado. Kelsen destaca que de fato pode haver uma responsabilização do Estado por atos ilícitos, contudo os atos ilícitos não podem ser observados como sendo praticados pelo Estado, mas sim como ilícitos praticados por agentes e órgãos do Estado. Dessa maneira, o ilícito continua sendo um ilícito do agente ou órgão do Estado, mas ele pode ser (em virtude de determinações de direito positivo) o motivo para a responsabilização do Estado, do surgimento, para o Estado, de um dever de indenizar em virtude de um ato praticado por um de seus agentes ou órgãos.

Na palavra de encerramento da obra Kelsen reforça a posição adotada desde o início do texto, conforme a qual existe uma identidade entre o Estado e o ordenamento jurídico estatal, o ordenamento jurídico enquanto conjunto de normas gerais, razão pela qual é logicamente impossível afirmar a existência de um ilícito do Estado, apenas existindo a possibilidade de falar em ilícitos



praticados por indivíduos ou órgãos que agem em nome do Estado, os quais podem inclusive gerar a responsabilidade do Estado por tais atos.

Ao longo de toda a obra, cumpre destacar, Kelsen desenvolve uma série de argumentos, os quais serão apoiados por fundamentos encontrados em características dos ordenamentos jurídicos concretos, operando desta forma conforme um dos postulados básicos de sua teoria do direito, aquele do positivismo, da fundamentação das afirmações sobre o que é o direito a partir de propriedades que podem ser identificadas em normas postas. Um último elemento a ser apontado, relacionado à natureza monográfica do tratamento do tema do ilícito do Estado, é que a análise de Kelsen da referida problemática envolve o recurso a normas jurídicas de várias áreas distintas. Expresso de outra forma, na presente obra pode-se verificar um tratamento da questão do ilícito do Estado a partir de uma análise transversal do direito positivo, por meio de um estudo que considera de que maneira vários ramos do direito positivo disciplinam aspectos da questão, a fim de conseguir oferecer uma representação multifacetada da matéria.

Antes de encerrar essa breve apresentação do texto de Kelsen cumpre registrar o agradecimento ao Hans Kelsen-Institut e seus diretores, Prof. Dr. Clemens Jabloner e Prof. Dr. Thomas Olechowski, assim como ao secretário do Instituto, Dr. Klaus Zeleny, pela autorização para a publicação da tradução desta obra de Kelsen. Igualmente expresso aqui o agradecimento ao Professor titular da Faculdade de Direito da USP, Dr. Fernando Menezes de Almeida, por ter prefaciado de forma tão interessante a presente tradução do texto de Kelsen, tendo desta forma deixado muito claro a pertinência desta obra tanto para a compreensão da teoria do direito de Kelsen, quanto para a discussão sobre o tema da responsabilidade do Estado. Agradeço ainda à FAPESP por ter financiado a pesquisa de pós-doutorado, durante a qual realizei a presente tradução.



Prefácio: nas origens de noções fundamentais para uma nova compreensão do Estado de Direito

Fernando Menezes de Almeida

Professor titular da Faculdade de Direito da USP

I

Matheus Pelegrino da Silva, em sua rica e consistente carreira acadêmica nos campos do Direito e da Filosofia, com fortes ligações com instituições de excelência no Brasil e na Alemanha (em especial a Albert-Ludwigs-Universität Freiburg), além de produzir relevante trabalho de pesquisa, tem se dedicado à nobre tarefa de traduzir clássicos autores de língua alemã, para a maior divulgação de obras que normalmente teriam pouca circulação entre leitores lusófonos.

Assim como sua principal linha de pesquisa, essas traduções concentram-se no pensamento produzido pela Escola de Viena. Nesse sentido, já publicou *Adolf Julius Merkl – Escritos de teoria do direito* (São Leopoldo: Editora Unisinos, 2018), livro composto de artigos do mestre austríaco, que organizou, apresentou e traduziu. Igualmente é o caso do presente livro, oferecendo ao público da língua portuguesa trabalho que integra a produção que se pode dizer da “juventude” de Hans Kelsen, no entanto, em três anos posterior à sua marcante tese de “*Habilitation*”, *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre*.

II

Num escrito conciso – ora traduzido como *Sobre o ilícito do Estado: Juntamente com uma contribuição para a questão da capacidade delitiva das pessoas jurídicas e para a doutrina do ato estatal evocado de falha* –, Kelsen dialoga criticamente com a doutrina predominante nos idos de 1914 e apresenta, com seu notório rigor científico, reflexões iniciais sobre temas que marcarão, com perspectivas bem



mais desenvolvidas, outras obras de maturidade, como classicamente se passa com a segunda edição da Teoria Pura do Direito.

A conclusão da presente obra fixa premissa fundamental de uma então inovadora compreensão teórica do “Estado de Direito”: importando a identificação do Estado com o Direito; desconstruindo o dogma de a distinção (supostamente dignificadora) do Estado residir em seu atributo material de “poder” e “soberania”, precedentes ao Direito; e em lugar disso, afirmando-o como formalmente a própria “personificação do direito”¹.

Uma decorrência dessa premissa é a percepção da incoerência teórica de se afirmar um “ilícito estatal”. Todavia, os desdobramentos dessa ideia, habilidosamente expostos por Kelsen, (i) não o levam ao equívoco de supor a impossibilidade fática de que os órgãos estatais pratiquem atos que venham a ser reconhecidos como ilícitos; (ii) nem lhe criam embaraços para explicar a possibilidade de invalidação de atos estatais; e (iii) nem ainda o conduzem à percepção distorcida da realidade, como a de quem supusesse que o notório princípio (do direito inglês) “*the king can do no wrong*” descrevesse uma realidade inexorável do mundo do ser.

Com efeito, essas questões levam Kelsen a desenvolver – nesta obra assim como no conjunto de sua produção – três linhas de raciocínio, de grande relevância para a consolidação, no início do século XX, de elementos essenciais para a compreensão e o funcionamento do Estado de Direito: (i) a noção de imputação jurídica, distinta da noção de causalidade natural, e aplicável à incidência de consequências de descumprimento de obrigação jurídica ao Estado; (ii) a distinção entre nulidade e anulabilidade de atos jurídicos (no caso, especialmente, de atos estatais); e (iii) a compreensão da compatibilidade teórica da ideia responsabilidade com sua aplicação ao Estado.

Passo a fazer breves considerações sobre esses três pontos.

¹ Neste prefácio, as referências ao pensamento de Kelsen sem menção de uma fonte bibliográfica específica remetem a este mesmo livro (*Sobre o ilícito do Estado...*). Eventuais citações de outras obras de Kelsen serão expressamente indicadas.



III

Kelsen, logo do início da obra, ao invocar a noção de imputação – sobre a qual já discorrera bem mais profundamente em seu *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre* – como caminho teórico para se compreender o conceito de ilícito, visa a mostrar um modo consistente de se pensar o problema específico do “ilícito do Estado”:

“A plena impossibilidade de pensar um ilícito do Estado também pode ser tornada plausível por meio de outra via, a qual é especialmente adequada para conduzir até o mais profundo núcleo daquela relação que diz respeito a tudo o que está em questão aqui: a relação entre Estado e direito. A natureza plenamente jurídica [do Estado]², a qual é evidente para um tratamento *jurídico* do Estado, pois ela é um pressuposto necessário, irá se tornar especialmente clara caso não se aborde [o tema] a partir do Estado que quer, i. e., o ordenamento jurídico, mas sim [a partir] do Estado que age, i. e., o executivo. Afinal, o que significa [que algo seja] um ato do Estado? O que significa quando dizemos [o seguinte]: o Estado puniu este ser humano, o Estado construiu esta escola, o Estado administrou esta estrada de ferro? Significa que não *imputamos* determinados atos humanos aos próprios atores físicos, mas sim a outro [sujeito], [a um] sujeito comum pensado como por trás destes seres humanos. Todas as sentenças que afirmam um ato do Estado dizem respeito a cada um daqueles processos mentais especiais e particulares que têm de ser indicados como imputação”.

Sim, pois a busca de uma “vontade”, de um “querer” psicológico, há de remeter a um ser humano, uma pessoa natural, ou seja, no caso, a um agente do Estado. Na medida em que – na concepção kelseniana de Estado de Direito – o Estado confunde-se com o Direito, justamente para distinguir-se da pessoa do(s) governante(s), a ideia de “vontade do Estado” compreende-se como uma figura de linguagem, “subjetivando”, sobre a abstração consistente na “pessoa jurídica estatal”, a incidência em concreto de uma regra objetiva de direito. Dito de outro modo, importa antes – como diz Kelsen – abordar o problema sob o viés do

² As expressões transcritas entre colchetes, nas citações da presente obra de Kelsen ao longo deste prefácio, fazem parte da tradução oferecida por Matheus Pelegrino da Silva.



“Estado que age” (levando à referida incidência, em concreto, de regras de direito) do que sob o viés do “Estado que [supostamente] quer”.

A partir da ação, praticada em nome do Estado, por meio de atos naturais conduzidos volitivamente por seus agentes, a incidência das regras de direito, acarretando consequências jurídicas sobre a pessoa (abstrata) do Estado, implicam a “imputação” ao Estado dos atos humanos praticados pelos agentes estatais (pessoas naturais).

E imputação, enquanto um mecanismo próprio do funcionamento do Direito, não se confunde com a causalidade natural:

“Não posso repetir aqui a evidência, oferecida em outro lugar³, de que a suposição que atualmente prevalece não é sustentável, com a consequência de que a essência da imputação consiste em um nexos causal ou em uma vinculação teleológica entre o sujeito e o objeto, entre a pessoa e a hipótese de incidência a ser imputada. Precisamente a imputação, a qual conduz à pessoa do Estado, mostra isso de modo claro. Caso alguém se pergunte a respeito das *causas* de alguma hipótese de incidência imputada ao Estado, p. ex., a aplicação de uma pena, uma execução, a construção de uma rua, [ele] nunca irá se deparar com um elo que possa ser reconhecido como a “pessoa do Estado”. Pois a pessoa do Estado não é de modo algum um fato existente no mundo da realidade, [não é] nenhuma ocorrência que tenha lugar na sequência causal. Inúmeras cadeias causais conduzem à hipótese de incidência imputada, e cada cadeia causal conduz além deste [ponto] em direção ao infinito. Já a suposição de uma causa única essencial contraria por princípio o sentido da colocação de um problema causal. O princípio causal não basta para o esclarecimento da imputação”.

É no plano dos fatos que opera o princípio da causalidade. Segundo Kelsen⁴:

“A natureza é, segundo uma das muitas definições deste objeto, uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como causa e efeito, ou seja, portanto, segundo um princípio que designamos por

³ Kelsen insere aqui uma nota de rodapé para remeter o leitor ao seu *Hauptprobleme...*(cit.), p. 72 ss.

⁴ *Teoria pura do direito*, vol. 1 (trad. João Baptista Machado). Coimbra: Arménio Amado, 1962, pp. 148-149.



causalidade. As chamadas leis naturais, com as quais a ciência descreve este objeto – como, v.g., esta proposição: quando um metal é aquecido, dilata-se – são aplicações desse princípio. A relação que intercede entre o calor e a dilatação é a de causa e efeito.

Se há uma ciência social que é diferente da ciência natural, ela deve descrever o seu objeto segundo um princípio diferente do da causalidade”.

Esse outro princípio, a seu turno, é o da imputação, que opera no plano normativo, no mundo do dever ser. A transcrição de Kelsen⁵ mais uma vez se justifica, em nome da precisão:

“Se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena; se alguém não paga a sua dívida, deve proceder-se a uma execução forçada do seu patrimônio; se alguém é atacado de doença contagiosa, deve ser internado num estabelecimento adequado. Procurando uma fórmula geral, temos: sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica, deve efetivar-se um ato de coerção, pela mesma ordem jurídica estabelecido. É esta a forma fundamental da proposição jurídica (...). Talqualmente uma lei natural, também uma proposição jurídica liga entre si dois elementos. Porém, a ligação que se exprime na proposição jurídica tem um significado completamente diferente daquela que a lei natural descreve, ou seja, a da causalidade. Sem dúvida alguma que o crime não é ligado à pena, o delito civil à execução forçada, a doença contagiosa ao internamento do doente como uma causa é ligada ao seu efeito. Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que quando A é, B é, mas que quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja”.

Retornando, pois, à questão inicial: a imputação de um ilícito ao Estado não decorre de suposta relação de causalidade entre ato praticado pela “pessoa do Estado” e a hipótese de incidência de uma norma no caso concreto – de resto, relação essa inviável, visto que a “pessoa do Estado” não existe no mundo natural –, mas sim decorre da imputação jurídica dessa hipótese de incidência ao Estado, a partir da constatação do “agir” praticado por uma pessoa natural que seja “agente estatal”.

⁵ Idem, p. 151.



IV

Como de início destacado, uma segunda questão presente nesta obra e marcante de futuros desenvolvimentos sobre o tema do “ilícito do Estado”, no contexto do Estado de Direito, é a da distinção, no plano da teoria geral, entre nulidade e anulabilidade.

Kelsen introduz esse ponto lembrando que:

“Caso se esteja falando de ilícito do Estado, então na maior parte dos casos não se pretende referir apenas uma hipótese de incidência civil ou criminal do ilícito (no sentido de uma hipótese de incidência vinculada a uma consequência do ilícito) a ser imputada ao Estado; muito frequentemente faz-se uso do termo em questão a fim de indicar certos casos de *atos estatais com deficiências*. Dessa forma se coloca do ponto de vista do problema do ilícito do Estado a questão sobre a relação do ilícito do Estado com o denominado ato estatal eivado de falha, ou a questão sobre a essência do ato estatal com falha”.

Ou seja, independentemente da discussão da responsabilidade civil ou penal do Estado, o tema geral do “ilícito” praticado pelo Estado envolve também o estudo dos atos normativos “com falhas”.

Justamente os desdobramentos teóricos, explorando a relação da ideia de falha ou defeito de um ato normativo com a ideia de conformidade desse ato à norma que lhe fundamenta a validade – dentro da lógica da “dinâmica do direito”, a explicar a produção normativa segundo Kelsen⁶ – é que conduzirão Kelsen a inovadoras concepções sobre os conceitos de nulidade e anulabilidade.

Kelsen inicia seu tratamento deste ponto abordando – num diálogo crítico com Walter Jellinek – critérios para análise da “falha”: falha nos pressupostos *versus* falha no conteúdo; falha formal *versus* falha material. Mas, logo em seguida, propõe que “muito mais importante do que uma divisão das deficiências tendo em vista seus conteúdos é aquela tendo em vista seus efeitos”.

⁶ Em especial, ver *Teoria pura do direito* (cit.), capítulo V, itens 34 e segs..



No tocante aos efeitos, Kelsen distingue as noções de “nulidade” e “anulabilidade”:

“A partir desse ponto de vista é preciso em primeiro lugar reunir todas as deficiências que causam a nulidade do ato estatal afetado. Tal espécie de ato estatal *nulo* é [do ponto de vista] lógico-jurídico um não-ato estatal. Tal atividade, a qual surge com a pretensão de valer como ato estatal, pode ter por todos negada a imputação ao Estado; ela não pode de forma alguma produzir os efeitos jurídicos vinculados pelo ordenamento jurídico ao ato estatal, e para a determinação desta nulidade não é necessário um procedimento estatal: a questão sobre se a nulidade está presente ou não é uma questão da lógica jurídica, ela será decidida pelo intelecto de cada *indivíduo* que julga, contudo não *com* [a natureza dotada de] *autoridade* [que se faz presente na decisão] *por parte do Estado*”.

Ato nulo seria, por uma questão lógico-jurídica, um “não-ato”; já o ato anulável, para que seja considerado inválido e não produza efeitos jurídicos, pressupõe um outro ato estatal que decisoramente o reconheça como tal. Quanto ao caso do “anulável”, nas palavras de Kelsen:

“Enquanto o Estado não determinar de forma autoritativa a deficiência alegada ou afirmada, o ato tratado por alguém como eivado de falha precisa ser observado e respeitado como [se fosse um] *ato estatal*. Enquanto a falha afirmada não for estabelecida por parte do Estado, o ato estatal possui todos os efeitos previstos pelo ordenamento jurídico, tal como [ocorre com] um [ato estatal] sem falhas”.

Passa então Kelsen a dialogar, sempre criticamente, com os autores da época que se dedicavam, do ponto de vista lógico-teórico, mas também atentando ao direito positivo alemão, a distinguir nulidade e anulabilidade: Bernatzik e Tezner; e, mais contemporaneamente à produção da obra de Kelsen em questão, W. Jellinek e Kormann.

E, para além da discussão conceitual, Kelsen busca essencialmente identificar, na prática da aplicação do direito, como encontrar a fronteira entre a nulidade e a anulabilidade, já que, por definição, a nulidade (segundo Kelsen a concebe) não comporta um tratamento de afirmação positiva pelo ordenamento



jurídico de quais hipóteses a acarretam: na verdade, cabe ao ordenamento jurídico afirmar elementos para que “a interpretação jurídica, para a teoria e práxis do direito positivo” tenham “fundamentos cognitivos para o julgamento de que está presente um ato estatal”; e é uma operação lógico-jurídica verificar a ausência desses elementos (ou seja, é juridicamente irrelevante que o ordenamento jurídico “declare” que em tal situação o ato é nulo)⁷:

“Considerada do ponto de vista lógico-jurídico a nulidade é juridicamente algo de todo negativo, ela não é antijurídica, mas sim a-jurídica, não *ilícito*, mas sim não-lícito [es ist nicht anti-, sondern a-rechtlich, nicht *Unrecht*, sondern *Nichtrecht*], algo que se encontra completamente fora da superfície jurídico-cognitiva. O julgamento lógico que afirma a nulidade afirma a deficiência de qualquer qualificação que poderia ser atribuída através do ordenamento jurídico: ilícito ou lícito são consequências relacionadas ao ilícito (pena, execução) ou consequências jurídicas em sentido estrito (modificação de obrigações e direitos), conforme [estas sejam] qualificadas pelo ordenamento jurídico. Apenas se expressa que o ordenamento *não* qualificou [algo]. Consequentemente é completamente equivocado esperar do ordenamento que ele ao lado das exigências positivas ao ato estatal também devesse listar de forma sistemática os fundamentos da nulidade, pois é um absurdo que o ordenamento jurídico, quando ele já apresentou os requisitos com relação aos quais determinados efeitos jurídicos estão vinculados, ainda inclua de forma expressa que em caso de ausência destes requisitos os efeitos jurídicos *não* devem se manifestar”.

Já quanto à anulabilidade, o raciocínio é diverso no tocante à necessidade de expressa previsão de hipóteses de sua ocorrência pelo ordenamento jurídico:

“Enquanto o julgamento lógico de que uma deficiência gera a nulidade afirma um *nada* jurídico e, portanto, pode ter e tem como premissa o *silenciar* do ordenamento jurídico, o julgamento lógico que afirma uma deficiência como fundamento da anulação expressa um algo jurídico, algo juridicamente positivo. Ele afirma que a deficiência precisa ser tornada *vigente* para que então ele tenha um efeito; e ele afirma ainda *qual* efeito o tornar vigente possui: se a eliminação do ato [gera efeito] *ex nunc*, *ex tunc* ou algum outro; tudo isto, contudo, não pode ser inferido

⁷ De fato, o significado declaratório decorre de uma constatação lógica, enquanto o significado constitutivo decorre de uma constatação decisória-autoritativa.



do *silenciar* do ordenamento jurídico. Para isso existe a necessidade de uma determinação positiva do ordenamento jurídico. Não se trata de um [princípio] de direito privado ou de direito público, trata-se de um princípio da lógica jurídica que aquelas deficiências que têm de ser vistas como fundamentos da anulação precisariam ser indicadas desta forma pelo ordenamento jurídico, assim como precisa ser determinado de modo preciso pelo ordenamento jurídico quais efeitos a anulação deve ter”.

Em suma, em termos práticos, não faz sentido perquirir-se no ordenamento jurídico o fundamento da nulidade de um ato estatal eivado de falha, pois aí não existe qualquer ato estatal; e, igualmente, não faz sentido, frente a um fundamento de anulação, designar o ato estatal como eivado de falha enquanto o ato estatal não foi anulado (não teve a sua deficiência reconhecida decisoriamente por outro ato estatal), não bastando para isso a postura cognitiva de quem pretenda não atender ao comando do ato supostamente falho.

Ainda assim, Kelsen reconhece que essa fronteira entre nulidade e anulabilidade afirmada por ele teoricamente, pode, no plano prático, não oferecer soluções para todas as dúvidas de aplicação do direito. Ele admite, por exemplo, que “várias deficiências, as quais não são tornadas pela lei positiva de forma expressa como fundamento para a anulação, não parecerão sérias o suficiente para [constituírem] um fundamento da nulidade”⁸.

Enfim, em termos da vida prática, Kelsen admite que raramente a consequência de um ato nulo propriamente dito será que os indivíduos a ele pretensamente submetidos apenas o ignorem. Concretamente, os indivíduos, na maioria das vezes, não correrão o risco de estar atuando com uma imprecisa

⁸ Nessa passagem Kelsen afirma, com clareza, um de seus pressupostos essenciais ao pensar uma teoria pura do direito e ao diferenciar a função da ciência e da prática do direito. Vale aqui frisá-la, ainda que transcenda o tema da nulidade *versus* anulabilidade: “Por si só a teoria do direito positivo não pode possuir a tarefa de remediar a omissão do legislador. Ela não pode se pôr no lugar do legislador sem violar seus fundamentos metodológicos, sem entrar em contradição com seus próprios pressupostos. E com tal atitude, cujas esplendidas pretensões não devem ser negadas, que ultrapassa os limites da competência, ela lesa não apenas a si própria, ela também lesa o ordenamento jurídico, o qual ela apenas tem de compreender, não melhorar, na medida em que ela decide oferecer o maior incentivo a esta pseudoteoria do preenchimento das ‘lacunas’ do legislar do ordenamento jurídico, [deixando assim de] satisfazer sua tarefa natural, [nesta medida ela] desvincula o legislar de sua tarefa de modificar o ordenamento jurídico e melhorar as lacunas através do preenchimento [destas]”.



compreensão da nulidade, sujeitando-se a eventuais e sérias consequências jurídicas – o que resulta, na prática, comportarem-se como se se tratasse de caso de ato anulável:

“Pois na realidade apenas muito raramente se irá fazer uso pleno do benefício que a nulidade assegura de forma diferente em relação à anulabilidade, e [desta maneira] correr o risco de ignorar uma hipótese de incidência, a qual se manifesta com a aparência de valer como ato estatal, por conta de um suposto fundamento da nulidade. O caso em que a nulidade do ato é colocada como fora de dúvida e evidente para qualquer um deve ser muito raro; mesmo o comando do Capitão de Köpenick tem de ser respeitado como ato estatal, ainda que muitas dúvidas possam surgir. Em regra a questão sobre se uma deficiência que fundamenta a nulidade está presente é uma questão jurídica muito debatível, a respeito da qual até mesmo um operador do direito não deveria arriscar [responder], caso o erro possa ser vinculado com consequências desagradáveis. Em regra a nulidade será tornada vigente primeiramente frente ao organismo estatal, mesmo quando se poderia correr o risco de confiar em seu próprio juízo e seu próprio conhecimento jurídico, e ignorar um ato [por ser ele] nulo. Quantos irão deixar de seguir a ordem de prisão de um funcionário da polícia, apenas pois eles consideram o funcionário legalmente incompetente ou agindo de má-fé, [ou então] irão simplesmente ignorar um julgamento, pois eles consideram o juiz insano, pois a incapacidade para negócios jurídicos e a má-fé, pois a doença mental do funcionário são fundamentos da nulidade, particularmente quando a própria teoria moderna a respeito dos casos particulares possui posições ambivalentes sobre os casos particulares? E por fim, de que forma alguém se beneficia do melhor conhecimento, do juízo correto, quando um ato que alguém considera nulo não for reconhecido como nulo pelo organismo estatal, ainda que de forma incorreta? O saber de que aqui se está diante de um ilícito do órgão – certamente um [ilícito] não punido e não punível – não permitiria a ninguém ficar plenamente satisfeito. Por isso na grande maioria dos casos também a nulidade será deixada para ser constatada pelo Estado e a diferença prática em relação aos casos de anulabilidade consiste apenas no fato de que a decisão estatal, no primeiro caso, apenas estabelece de forma puramente declaratória que o ato em questão nunca foi um ato estatal, enquanto, por outro lado, no segundo caso ela é constitutiva, [de modo que] o que era até então um ato estatal será eliminado com efeito *ex nunc* ou *ex tunc*”.



Todavia, essa última afirmação, em obras de maior maturidade de Kelsen, toma contornos mais veementes, de modo a ele deixar de dar relevância teórica ao conceito de ato nulo (já que se trata de um não-ato, ou um ato inexistente juridicamente, ou ainda um ato antes “ajurídico” do que “ilícito”), cuidando apenas da categoria jurídica da anulabilidade, de modo a reduzir a “nulidade”⁹ assim dita pelas proposições normativas de direito positivo à um dos graus da “anulabilidade”.

Em suas palavras:

“O sentido do ato pelo qual uma norma é destruída, quer dizer, pelo qual a sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um ato pelo qual uma norma é criada, uma norma. [...] Quando a ordem jurídica estabelece, por exemplo, que uma norma que não foi posta pelo órgão competente, ou foi posta por um indivíduo que sequer possui a qualidade de órgão, ou uma norma que tem um conteúdo que a constituição exclui, devem ser consideradas nulas *a priori* e que, portanto, não é necessário qualquer ato para as anular, necessita determinar quem há de verificar a presença dos pressupostos desta nulidade; e, como esta verificação tem caráter constitutivo, como a nulidade da norma em questão é efeito desta verificação, como não pode ser juridicamente afirmada antes de realizada tal verificação, esta verificação significa, mesmo quando se opere na forma de uma declaração de nulidade, a anulação, com efeito retroativo, de uma norma até aí considerada válida. Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico. Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade¹⁰”.

V

Como de início proposto – no item II deste prefácio – um terceiro elemento que se destaca na presente obra de Kelsen é a afirmação da compatibilidade da

⁹ Sim, porque a ciência do direito não pode negar que os ordenamentos jurídicos, de fato, empreguem as expressões “nulidade” e “anulabilidade”, com consequências práticas de direito positivo. E mesmo não é impossível que o direito positivo (legislado ou jurisprudencial) valha-se ainda, p. ex., nominalmente da categoria (supostamente jurídica) da “inexistência” (aliás, afirmada por grande parte da doutrina, notadamente de inspiração jusnaturalista). Essa dita “inexistência”, seria, do ponto de vista teórico, assimilável à “nulidade” tal como descrita por Kelsen na presente obra.

¹⁰ *Teoria pura do direito* (cit.), v. II, pp. 161/162.



sua crítica à ideia de “ilícito do Estado” (no contexto do Estado de Direito) com a existência, na realidade dos ordenamentos jurídicos, da responsabilidade do Estado.

O tema da responsabilidade do Estado aparece nesta obra de modo muito mais sucinto do que os dois primeiros pontos aqui mencionados (imputação e anulabilidade). Ainda assim, marca com clareza a posição de Kelsen, a qual terá desdobramentos em obras posteriores¹¹.

De plano, Kelsen refuta uma ideia que poderia decorrer da compreensão equivocada da relação da teoria com a prática, no tocante ao dogma da infalibilidade jurídica do Estado.

Kelsen, com efeito, explicita que a afirmação teórica da ilogicidade de um “ilícito estatal”, no contexto de um Estado de Direito, não pode implicar a ausência de responsabilidade do Estado por atos ilícitos praticados por seus agentes.

A tese central de Kelsen, com a qual inicia e conclui a presente obra, é a assimilação de “Estado” e “Direito” – para substituir a tradicional assimilação de “Estado” e “poder soberano”.

A identidade entre Estado e Direito torna ilógica a ideia de “ilícitos estatais” – ou, nas palavras de Kelsen, o “monstro lógico de um ilícito estatal”. No entanto, o afastamento teórico da noção de “ilícito estatal” em nada interfere com o fato de que órgãos estatais, operando no mundo natural por seres

¹¹ Kelsen, na presente obra, não desenvolve, p. ex., a distinção conceitual entre responsabilidade e obrigação, como o faz na Teoria Pura do Direito: “Conceito essencialmente ligado com o conceito de dever jurídico, mas que dele deve ser distinguido, é o conceito de responsabilidade. Um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma oposta conduta sua é tornada pressuposto de um ato coercitivo (como sanção). Mas este ato coercitivo, isto é, a sanção como consequência do ilícito, não tem de ser necessariamente dirigida [...] contra o indivíduo obrigado, quer dizer, contra o indivíduo cuja conduta é o pressuposto do ato coercitivo, contra o delinquente, mas pode também ser dirigido contra um outro indivíduo que se encontre com aquele numa relação determinada pela ordem jurídica. O indivíduo contra quem é dirigida a consequência do ilícito *responde* pelo ilícito, é juridicamente *responsável* por ele” [*Teoria pura do direito* (cit.), v. I, pp. 233/234]. Outro aspecto das ideias posteriores de Kelsen, não exposto nesta obra, é a distinção responsabilidade e obrigação de indenizar (ver, do autor deste prefácio, *Responsabilidade do estado*, parte II do volume 7 do *Tratado de direito administrativo*, coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro – São Paulo: RT, 2022, 3ªed.; em especial, ver o capítulo 3.).



humanos que exercem funções de agentes estatais, efetivamente possam praticar atos ilícitos. E isso Kelsen reconhece com clareza, inclusive dando o caminho coerente em teoria para que se superem as barreiras então existentes ao reconhecimento da responsabilidade do Estado – barreiras essas decorrentes de leituras distorcidas da associação conceitual entre Estado e poder soberano, levando à aplicação dogmática da máxima *“the king can do no wrong”* como expressão da irresponsabilidade do Estado.

Com efeito, para que se chegue à responsabilidade do Estado por atos ilícitos, basta que o ordenamento jurídico impute à pessoa jurídica estatal a responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes.

Essa imputação – pelo ordenamento jurídico, por opção legislativa, desses ilícitos ao Estado, gerando a responsabilidade civil da pessoa jurídica estatal – é decorrência da compreensão teórica, apresentada por Kelsen no início desta obra, pela qual se distinguem causalidade e imputação: o Estado é responsável porque essa responsabilidade lhe é imputada por decisão de política legislativa e não por suposta relação de causalidade entre o “agir” do Estado e um ato ilícito danoso.

Passa então Kelsen a esclarecer três elementos que entende impropriamente tratados pela doutrina jurídica de então.

Um deles é uma questão terminológica – que, registre-se de passagem, permanece válida até os dias de hoje. Normalmente a linguagem jurídica (no direito positivo ou na doutrina) refere-se à responsabilidade do Estado por danos que seus agentes, ou órgãos, causam “no exercício de sua função”, ou “dentro de sua esfera de atuação”. Ora, como pondera logicamente Kelsen, “no exercício de sua função’ ou ‘dentro de sua esfera de atuação’ o órgão não pode praticar qualquer antijuridicidade. Ela [a antijuridicidade] se posiciona por conta de uma atividade antijurídica fora de sua função ou competência”.

Com efeito, melhor seria empregarem-se fórmulas como: “o Estado se responsabiliza por aqueles danos que um órgão causa, na medida em que ele se manifesta desta forma, ou poderia ou precisaria ser visto desta forma por um terceiro”. Sim, pois a ilicitude desnatura o exercício da função estatal



propriamente dita; mas a vítima do ilícito pode, na circunstância em questão, enxergar legitimamente o agente do dano como um órgão estatal pretensamente manifestando-se no exercício de suas funções.

Um segundo elemento tratado por Kelsen é o afastamento da relevância da distinção entre atos do fisco e atos de império, muito em uso na doutrina germanófila, para buscar tratamentos da responsabilidade do Estado como consequências da pretensa distinção entre direito privado e direito público: “se o ordenamento jurídico deve estabelecer uma responsabilização do Estado apenas na esfera do direito privado, ou também para aquela do direito público, esta é uma questão de política legislativa”.

E um terceiro elemento é justamente a ênfase na compreensão de que a responsabilidade do Estado, como de resto qualquer relação jurídica de responsabilidade, há de decorrer de uma opção de política legislativa. Depende essencialmente de uma escolha política do legislador a atribuição de responsabilidade ou ao agente estatal que praticou o ato danoso, ou ao Estado¹²:

“O escopo desses casos será determinado por meio de uma tendência dupla: por um lado assegurar o interesse do que sofreu o dano e estabelecer frente a ele o Estado como um sujeito de responsabilidade economicamente capaz, o qual oferece uma previsão certa de satisfação, enquanto a responsabilização do órgão em muitos casos permanece economicamente sem resultado [positivo]; por outro lado, também assegurar o interesse do órgão que causa o dano, o qual por conta de sua atividade especial se encontra sob o risco elevado de causar um dano, sendo por isto correto transferir a obrigação de indenizar danos ao Estado”.

VI

Na conclusão (dita “palavra de encerramento”) de sua obra, é retomada a ênfase na noção de Estado de Direito que Kelsen visa a sustentar: desconstruindo

¹² Lembre-se de que, à época em que Kelsen escrevia a presente obra, muitos dos ordenamentos jurídicos de países ocidentais, hoje francamente aderentes à ideia de responsabilidade do Estado, ainda a tratavam apenas como responsabilidade dos agentes estatais.



o fundamento do Estado alicerçado nas noções de poder e soberania¹³ (despindo-o assim de “autoridade material” e favorecendo o combate a tendências autoritárias) e reedificando-o a partir de sua identidade com o Direito (dando-lhe uma “autoridade formal” pautada pelo direito).

Nesse sentido, encerro este prefácio com a citação do parágrafo com o qual Kelsen encerra sua obra, numa expressa defesa do Estado de Direito:

“Minha construção despiu o Estado, o qual na teoria do direito atual ainda será visto como pessoa dotada de poder e soberania, de todo elemento de poder e soberania, e deixou-o fundamentalmente como aquilo que ele pode ser para o conhecimento *jurídico* como pessoa. O que ele desta forma perdeu em autoridade material – e o perdeu corretamente, pois a construção jurídica não pode atribuir ou manter tal qualidade – isto, tal como creio, ele ganhou desta forma puramente em autoridade formal, caso a construção conduza à consequência de coroar o Estado com a infalibilidade jurídica, e desta maneira em verdade torná-lo aquilo que todo teórico de direito do Estado se esforça conhecer: a personificação do direito”.

¹³ Sobre esse ponto, verifiquem-se as convergências – por premissas teóricas diversas – com as ideias de Léon Duguit, originalmente expostas em seu *L'État, le droit objectif et la loi positive* (Paris: Fontemoing, 1901), amadurecidas em seu *Les transformations du droit public* (Paris: Armand Colin, 1913) e posteriormente desenvolvidas em seu *Traité de droit constitutionnel*, tt. I e II (Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1927 e 1928). Os desenvolvimentos de Duguit para a matéria levam à tese fundamental da *École du Service Public*, que desloca, com forte base em premissas teóricas jus-sociológicas (“função social”), o fundamento do regime jurídico do Estado para a noção de “serviço público”. No entanto, a comunhão dos autores – Duguit e Kelsen – em torno de uma visão positivista, ou realista (como diria Duguit), em defesa do Estado de Direito, no confronto com tendências crescentes de visões autoritárias, senão totalitárias, naquele momento na Europa, levou-os à importante parceria na fundação e na direção (originalmente em conjunto com *František Weyr*) da *Revue Internationale de la Theorie du Droit* (contendo publicações em francês e em alemão), que circulou entre 1926 e 1939.

Sobre o ilícito do Estado

Juntamente com uma contribuição sobre a questão da capacidade delitiva das pessoas jurídicas e para a doutrina do ato estatal eivado de falha

Hans Kelsen

Observação preliminar

Lícito do Estado e ilícito do Estado

O que se encontra em discussão [aqui] não é alguma questão da moral social, [mas] exclusivamente um problema relativo a uma construção jurídico-formal, [a saber] se e como um ilícito do Estado é pensável em sentido jurídico, [de tal forma que esta não é] uma investigação política de certo mal da vida estatal, o qual se percebe como ilícito e que remonta ao Estado, pois ele [o ilícito] é a consequência da própria organização estatal ou de uma organização estatal específica.

Com essa qualificação o problema em questão pode não parecer possuir extrema relevância, e apenas com dificuldade ele pode justificar um longo ensaio. Já o conceito de ilícito estatal possui a peculiaridade de esconder inúmeras e reveladoras relações com importantes problemas da doutrina geral do direito do Estado [allgemeinen Staatsrechtslehre]. [O] ilícito do Estado não é meramente o oposto linguístico do lícito do Estado: claramente se pode conhecer toda a natureza do lícito do Estado a partir do ilícito do Estado. E essa é de fato a meta: mostrar a essência do lícito do Estado no reflexo, por assim dizer, do ilícito do Estado.

O conhecimento da essência do lícito do Estado é condicionado por meio de um pressuposto metodológico, o qual eu – como um compromisso – posiciono no topo. Como um compromisso, pois ao final não se trata de um teorema que possa ser demonstrado falso ou verdadeiro, mas sim de um dogma não mais aferível, de um daqueles fundamentos, os quais se encontram no solo obscuro de todo o conhecimento – não [apenas] do conhecimento racional, lógico –, [trata-se de um daqueles fundamentos que] determinam todo conhecimento de outra forma do que com os elementos imateriais do sentir e do querer, que se originam



do caráter e que, portanto, precisam ser diferentes dependendo do caráter [em questão]. Trata-se de um princípio, o qual se encontra antes de todo conhecimento e se origina da mesma fonte da qual a própria necessidade do conhecimento se origina. Pois se trata de um impulso que demanda o indagar e ao mesmo tempo mostra a resposta, assim que ele estabelece o fundamento a partir do qual o conhecimento lógico-racional, determinado nesta direção, será subsequentemente desenvolvido.

Considero a doutrina do direito do Estado, tal como toda teoria dogmática do direito, na medida em que ela se ocupa da obtenção de conceitos fundamentais do direito, como uma disciplina normativa. Isso não significa que a ciência do direito tenha de se ocupar de criar normas jurídicas, tal como [o faz] o legislador, ou seja, que ela tenha de exercer uma função volitiva, mas sim que [ela], assim como a ética ou a gramática, as quais também não criam as normas morais ou linguísticas, mas apenas as conhecem, tenha de se ocupar, como uma verdadeira ciência, de uma função cognitiva. O mundo do dever-ser, [e] especificamente do dever-ser jurídico, é o objeto de seu conhecimento, não, porém, o que de fato ocorreu, o ser efetivo. E é por isso que ela não tem que explicar causalmente o que de fato ocorreu, tal como [ocorre com] as denominadas disciplinas explicativas, [pois] ela não tem que obter leis naturais, [ela não tem que] determinar o que *precisa* ocorrer, na medida em que ela aponta o porquê do ocorrido, mas ela se orienta, isto sim, às normas, sua meta é a compreensão das normas jurídicas, a partir da qual ela determina que algo e qual algo *deve* ocorrer. Sua esfera não é o real, mas sim o ideal. A partir da incompatibilidade lógica entre ser e dever-ser surge o postulado metodológico relativo a uma separação nítida entre os modos de tratamento explicativo e normativo. Mas que os conceitos do ser e do dever-ser venham a ser desenvolvidos [por meio de] uma excludente lógica recíproca, isto não consiste em algum [princípio] lógico, mas sim no princípio metalógico de uma visão dualista de mundo.



Os resultados obtidos por mim possuem natureza normativa. A acusação, sempre recorrente, de que eles não esclarecem a efetividade da vida social, não os atinge, pois eles não se ocupam desta tarefa, mas sim a atribuem a uma sociologia ou psicologia social. O objeto [de uma sociologia ou psicologia social] é a vida social efetiva, que frequentemente se encontra em contradição com as normas, pois motivada de outro modo, e sua meta é o esclarecimento causal desta [da vida social]. O objeto da teoria do direito, e também da teoria do direito do Estado, são as normas, e o domínio mental destas é sua meta. [Quanto] àqueles para os quais tal objeto e tal meta não parecem dignos ou apropriados, com estes eu não posso discutir, pois [a este respeito] possuo outra opinião.

E meus resultados possuem natureza formal. Aquele que consegue se negar a reconhecer o conhecimento de que conceitos gerais podem existir, i. e., [conceitos] válidos para todos os ordenamentos jurídicos, obtidos por si próprios a partir da ideia do direito, diferentemente do que conforme um método puramente formal, o qual abstrai dos elementos particulares, i. e., [dotados de] conteúdo, com este [tipo de indivíduo] eu não consigo me fazer compreender. Também não [consigo me fazer compreender] com aqueles que põem em questão o valor de tais conceitos, bem como o esforço em obter um sistema logicamente autocontido de conceitos jurídicos válidos em geral, [aqueles que] declaram [ser isto] um jogo sem propósito. E eu muito menos posso ou quero compreender ou ser compreendido por aqueles que em princípio admitem o método normativo e formal para conceitos jurídicos gerais, i. e., para a *teoria do conhecimento do direito*, mas que em virtude de uma consideração equivocada quanto à *prática da aplicação do direito* perdem a coragem do ser consequente e afirmam [algo que corresponde a] alguma tentativa de mediação; os quais tentam escapar da lógica estrita com desculpas sem profundidade.

Caso não seja permitido fazer alguma crítica às investigações científicas, então [não] é [permitida] aquela [crítica], a qual ouvi frequentemente [e] que eu não precisaria esperar no caso em questão: de que elas [as investigações] são “muito lógicas”. Eu ficaria orgulhoso caso essa fosse a única crítica contra mim,



pois não acredito que algo possa ser mais ou menos verdadeiro, mais ou menos lógico, acredito que [algo] é ou verdadeiro ou falso, ou lógico ou ilógico, e por isto científico ou não-científico.

Certamente [o] ilógico não é idêntico com [o] alógico, com [o] metalógico. Ninguém pode esperar de mim que eu sobrevalorize as possibilidades da lógica, que eu não esteja consciente de seu caráter puramente formal. Já a partir de minhas palavras introdutórias qualquer [indivíduo] inteligente identificará que com a lógica apenas traço um limite delimitador. Apenas preciso reconhecê-la como soberana única e ilimitada dentro dessa sua área. Abandonar aqui a sua bandeira [a bandeira da lógica] por conta de qualquer consideração é covardia, quando não do coração, então do cérebro, trata-se de covardia mental. Coragem mental é a primeira virtude que a ciência exige dos que trabalham com ela. E quando por conta de algum problema jurídico-científico me encontro frente à escolha entre chegar à sua solução a partir de uma via lógica, a partir dos pressupostos já adotados e conseqüentemente passíveis de serem acompanhados, porém mais longa e difícil, que exige maior carga de trabalho mental, ou [a partir de] uma via equivocada, mais curta e mais confortável, porém ilógica, pois orientada contra os pressupostos – a qual, evidentemente, pode conduzir apenas a uma solução aparente –, então frente a este dilema aparente não hesito em escolher entre o pensamento lógico e o econômico. A construção jurídica recorrentemente vai de encontro a essa encruzilhada, também as investigações a seguir irão mais do que uma vez conduzir a ela.



1. O princípio geral

§ 1º O ordenamento jurídico e o executivo

Um antigo dogma da teoria do direito do Estado inglês afirma que o rei não poderia praticar qualquer ilícito: *The king can do no wrong* [O rei nunca erra]. Desse modo se expressa primeiramente aquilo que também é válido em todo Estado constitucional moderno, [a saber] que o monarca não poderia violar o ordenamento jurídico, porque e na medida em que ele não se encontra subordinado a este ordenamento jurídico. Onde – tal como, p. ex., na Áustria – a *Exemtio* [imunidade] do monarca frente ao ordenamento jurídico não é plena, onde existe a possibilidade de [o monarca vir a ser] obrigado [por conta do] direito civil, lá a proposição citada no início está correta, [contudo] com uma limitação, a saber, que o monarca pode praticar ilícitos civis, que ele pode violar uma determinada parte do ordenamento jurídico, que determinadas consequências de ilícitos [praticados], a saber, as civis, podem ser impostas a ele.

O dogma em questão também contém outro significado quando se interpreta o monarca apenas como símbolo do Estado, tal como a teoria do direito do Estado moderna o faz, e não se afirma da pessoa física do monarca, mas sim da personalidade do Estado, a impossibilidade de um comportamento antijurídico [*rechtswidrigen*]. Pois a impossibilidade do ilícito do Estado [*des staatlichen Unrechtes*] não pode possuir o mesmo fundamento cognitivo jurídico que a sentença que declara a incompatibilidade da posição [de natureza] monárquica com qualquer violação do direito. Essa incompatibilidade diz respeito à *Exemtio* do monarca frente ao ordenamento jurídico, à posição externa ao direito deste órgão do Estado. Contudo, a pessoa do Estado não pode nunca e em nenhuma relação ser pensada, partindo-se do ponto de vista de uma teoria do *direito* do Estado, como estando fora do ordenamento jurídico, pois a personalidade unificada do Estado – este pressuposto fundamental de todo direito do Estado – somente pode ser representada por meio do ordenamento jurídico e no ordenamento jurídico. Para a doutrina o Estado apenas vem a ser



tratado como detentor [Träger] do ordenamento jurídico ou como sujeito de obrigações e direitos. Na medida em que uma existência do Estado externa ao direito se faz presente, esta é juridicamente irrelevante. Consequentemente, quando o Estado não é capaz de praticar qualquer ilícito, [então] esta sua peculiaridade *não* diz respeito ao fato de que ele se encontra fora do ordenamento jurídico – tal como [ocorre com] o monarca –, mas [que] ele é, isto sim, juridicamente infalível, apesar e precisamente na medida em que ele se encontra dentro do ordenamento jurídico e a ele submetido.

Já indiquei que a teoria moderna do direito do Estado está inclinada a aceitar um dogma, [aquele que afirma] que o Estado não poderia praticar qualquer ilícito. Mas a sua posição quanto à questão do ilícito do Estado não é muito precisa. Primeiro de tudo, o problema possivelmente não será sequer apontado de modo acurado, de tal forma que ele seria investigado até as últimas consequências, [a saber, de tal forma que se investigaria] se uma antijuridicidade do Estado é ou não juridicamente pensável. Quando a questão não pode ser evitada, mostram-se junto a todo teórico duas tendências que resistem uma à outra. De um lado – este é [o lado] da teoria estrita – [o teórico] se sente inclinado a excluir [a possibilidade de] um ilícito estatal, [considerando-o estando em] contradição com certos pressupostos da construção jurídica. Porém, do outro lado, aparentemente, a prática insiste contra uma formulação tão intransigente. Acredita-se que em certos – numerosos – casos, sem exceção, não se pode passar sem um ilícito do Estado, e por isto se decide reconhecer apenas como uma regra com exceções que o Estado não poderia praticar qualquer ilícito; como uma regra, a qual corresponderia apenas ao Estado ideal, mas não à realidade insatisfatória, à prática estatal concreta. Foi desse modo que principalmente *Georg Jellinek*¹, quem mais se ocupou de forma aprofundada com a construção conceitual do ilícito do Estado, tentou resolver o problema. Estritamente falando, lá não se encontra qualquer solução, mas sim, na verdade, um ignorar do problema. Pois se o Estado é capaz de praticar ilícitos e somente um postulado ideal será

¹ System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., p. 241 ss.



concedido ao Estado, [a saber,] que ele deveria, quando possível, evitar o ilícito, de tal forma que o Estado é de fato posto como igual a todos os sujeitos de direito usuais com respeito à questão da possibilidade [de praticar o] ilícito, então surge também para todas as pessoas usuais a obrigação de evitar o ilícito. Já precisamente quanto à questão do ilícito parece existir uma diferença essencial entre a pessoa do Estado e as pessoas usuais, e somente frente ao Estado em geral o conhecimento ou a misteriosa sensação desta diferença poderia vir a ser um problema, [isto] que frente a todos os sujeitos usuais é evidente, a saber, se eles poderiam [ou não] praticar ilícitos, particularmente [na medida em que] estes sujeitos de direito [podem] ser tratados pelo ordenamento jurídico, e deste modo pela ciência do direito, a fim de empregar uma palavra apropriada de *Binding*, como possíveis violadores do direito.

Caso se aceite o princípio fundamental da teoria do direito do Estado moderna, a compreensão do Estado como uma pessoa jurídica submetida ao ordenamento jurídico, a qual, tal como todas as pessoas usuais, é sujeita de obrigações e direitos, então a igualdade do Estado com respeito aos sujeitos jurídicos usuais também parece inicialmente compreender em si a possibilidade do ilícito estatal. Quando a pessoa do Estado, assim como todas as outras pessoas, possui obrigações jurídicas, então também ela pode – assim como todas as outras pessoas – violá-las. Por si só, a diferença principiológica entre a pessoa do Estado e todos os sujeitos de direito usuais consiste [no fato de] que a vontade desta pessoa estatal – assim como quanto a todas as pessoas usuais, também aqui a vontade é o substrato da personalidade jurídica – é ao mesmo tempo também o conteúdo do ordenamento jurídico. Para a moderna teoria do direito do Estado o Estado vem a ser considerado não meramente como sujeito submisso ao ordenamento jurídico, mas sim principalmente como detentor do ordenamento jurídico. Portanto, enquanto a vontade expressa de todos os sujeitos usuais se encontra frente a uma [vontade] estranha, a qual pode vir a contradizer a vontade individual destes sujeitos, a pessoa do Estado não vai de encontro a uma [vontade] estranha, mas sim [contra] a *própria* vontade; por isto uma oposição



material entre a vontade do Estado como sujeito de direitos e obrigações e a vontade do Estado como detentor do ordenamento jurídico é impensável ou, [expresso] com outras palavras, [é algo que] contraria os pressupostos. Caso se veja no ordenamento jurídico o Estado que deseja, que por meio do executivo, satisfaz suas obrigações e faz valer seus direitos, ou seja, o Estado atuante, então a suposição de um ilícito estatal, i. e., de uma hipótese de incidência [que consiste em uma] violação do direito [verletzenden Tatbestandes] [e que é] imputável ao Estado – significa que no ordenamento jurídico o Estado quer o contrário daquilo que ele estabelece no executivo como [sendo] seu próprio ato –, naturalmente apenas pode valer como ato próprio do Estado o ato por ele querido, pois somente o ato querido é imputável, [e] de fato a sentença que “imputa” um ato ao Estado é idêntica à sentença que afirma este ato como querido² pelo Estado. Desse modo seria encontrada uma vontade ambivalente, [ou] mais precisamente, [existiriam] ao mesmo tempo duas vontades contraditórias. Dessa maneira o pressuposto fundamental da construção de direito do Estado é destruído, a saber, a vontade estatal unificada, e deste modo a personalidade estatal unificada. A construção jurídica, sem perceber, serrou o galho sobre o qual ela própria estava sentada.

Mas talvez se responda às considerações até agora [desenvolvidas afirmando] que não é necessária a profunda síntese, aqui adotada, entre o Estado como ordenamento jurídico e o Estado como sujeito do executivo, e [que] talvez [ela seja] até mesmo inadmissível. Por si só a impraticabilidade de uma plena isolamento formal e material da pessoa do Estado, em ambas as suas formas de manifestação, é fácil de ser mostrada, e sem dificuldade pode ser indicado que de fato é permitido adotar uma representação auxiliar temporária da separação formal entre o Estado como sujeito do ordenamento jurídico e o Estado como personalidade jurídica do executivo, mas que esta separação nunca pode ser

² Com respeito à relação do conceito jurídico de vontade com o conceito de imputação jurídica, cf. meu [livro] *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, J. C. B. Mohr, p. 221 ss.



também material, de tal modo que ambas as personalidades se encontrem em suas exteriorizações plenamente independentes uma da outra.

Apenas se observa o sentido e o significado de cada um de ambos os processos mentais, dos quais um transforma o Estado em portador ou sujeito do ordenamento jurídico objetivo, [ao passo que] o outro [o representa como] submetido ao ordenamento jurídico, na medida em que ele [o processo mental] o dota de direitos subjetivos e obrigações. Quando se pensa [a respeito de] todo o ordenamento jurídico – este é a soma das proposições jurídicas [Rechtssätzen] com os mais variados conteúdos – como desejado por um único sujeito, [quando se] representa todo o ordenamento jurídico como o conteúdo de uma única vontade, então este [o ordenamento jurídico] naturalmente não pode – tal como acreditam alguns teóricos do direito do Estado, enganados pela terminologia – possuir qualquer sentido psicológico. Uma vontade psicológica apenas pode ser a vontade de um ser humano, e qual vontade humana estaria em condições de querer de forma permanente todo um grande ordenamento jurídico de um Estado moderno. O ordenamento jurídico, pensado como vontade de um único sujeito, não pode possuir qualquer significado psicológico, mas apenas um [significado] lógico. Isso apenas pode ser a expressão de todo o ordenamento jurídico, [de todas] as inúmeras proposições jurídicas com os mais variados conteúdos [e que] poderiam ser relacionadas a um único ponto; quando se afirma do Estado que todo o ordenamento jurídico contém *sua* vontade, então se pretende [afirmar deste modo] principalmente que todo o ordenamento jurídico contém *uma* vontade, uma única, i. e., uma vontade que não se contradiz. Que cada proposição jurídica expresse a vontade do mesmo sujeito, isto significa que todas as inúmeras e variadas proposições jurídicas que não se contradizem podem existir validamente umas ao lado das outras, [que elas] não se excluem logicamente, mas sim, em verdade, se complementam, são dependentes umas das outras, formam um sistema unificado. A suposição de que o ordenamento jurídico seja a vontade de uma pessoa estatal unificada é apenas a expressão da coerência lógica, da ausência de contradições internas de um sistema de normas



jurídicas. Junto à personificação desse modo vinculada se encontra uma semelhante necessidade mental quanto à sua satisfação, assim como aquela [necessidade] que põe em movimento o processo mental que reconduz a fontes muito mais complicadas e numerosas do que [o processo mental] que conduz ao conceito de Deus. Caso seja permitida uma analogia entre o microcosmos do ordenamento jurídico e o macrocosmos da ordem do universo – e ela [esta analogia] não é de modo algum nova, mas sim já conhecida pelo pensamento primitivo –, então se encontra oculto na personificação grandiosa de todas as normas que controlam o universo, na medida em que estas sejam pensadas como um sistema com sentido e livre de contradições, então se encontra oculto nesta ideia de um Deus personificado, unificado, a mesma economia do pensamento ou uma [forma de pensamento] semelhante, [tal] como a [economia encontrada] na construção jurídica de um portador unificado, personificado, do ordenamento jurídico estatal, na pessoa do Estado, no Estado unificado [e] personificado. No que diz respeito aos elementos de *poder* [*Machtelementen*] com respeito à representação do Estado que personifica o ordenamento jurídico, [isto] se origina do tratamento do processo de criação do direito ou do processo da motivação que faticamente provém do ordenamento jurídico. No primeiro caso se trata de uma transferência da espécie de poder [*Machtqualität*] que pertence [à] classe dominante, a qual criou o ordenamento jurídico, pois ela ocupou o aparato de criação do direito, para a personificação ideal do ordenamento jurídico: o Estado. Apenas a identificação da classe dominante com o Estado pode atribuir ao último a qualidade da soberania. Por isso, em um tratamento puramente jurídico-formal é preciso antever os elementos de poder [contidos] no conceito de Estado, na medida em que eles provém desta fonte. Da mesma maneira também [se deve antever] que essa relação se encontra [na esfera de tratamento] psicológico-social, e não mais na esfera de tratamento jurídica, na medida em que ela deva expressar a capacidade motivacional fática do ordenamento jurídico.

Precisamente no mesmo sentido em que pensamos a pessoa do Estado como portadora do ordenamento jurídico objetivo, representamos o Estado como



o sujeito de direitos e deveres submetido ao ordenamento jurídico. Para começar, o que significa a oposição entre direito no sentido objetivo e direito no sentido subjetivo, i. e., [a oposição] entre ordenamento jurídico de um lado e direitos e obrigações do outro (e sob [a expressão] direito em sentido subjetivo é preciso observar as obrigações jurídicas, assim como os direitos a algo [Berechtigung])? O direito em sentido subjetivo é somente a forma subjetiva de manifestação do direito em sentido objetivo. A colocação do problema, a qual conduz ao direito em sentido subjetivo, à obrigação jurídica e ao direito a algo, é a seguinte: [como] uma proposição jurídica objetiva irá se tornar *minha* obrigação, ou melhor, como uma proposição jurídica objetiva se tornará *meu* direito, i. e., meu direito a algo? Trata-se [aqui] da questão a respeito do princípio de subjetivação da proposição jurídica. Nesse âmbito, evidentemente, não posso no presente contexto desenvolver e responder essa questão de modo pleno³, apenas posso indicar que esse princípio de subjetivação é um [princípio] com respeito à pessoa do Estado e outro com respeito a todos os outros sujeitos usuais, os submetidos [ao direito]. Para mim basta expressar por qual motivo a proposição jurídica objetiva, p. ex., aquela [proposição jurídica] que vincula o furto à punição e deste modo estabelece a obrigação jurídica subjetiva de omitir [o ato de praticar] o furto, por qual motivo esta proposição jurídica estabelece uma obrigação jurídica subjetiva do Estado – a saber, punir aquele que furtou –, ou um direito a algo por parte do Estado – a saber, a omissão [da prática] do furto por parte dos submetidos [ao direito]. A proposição jurídica objetiva é uma obrigação ou um direito do Estado apenas na medida em que nela vem expressa a própria vontade do Estado. Não existe outra possibilidade de subjetivação. Desse modo, o Estado é sujeito de determinadas obrigações e direitos na medida em que ele é sujeito de uma proposição jurídica concreta, i. e., [na medida em que] a proposição jurídica [está incluída] em sua vontade. Contudo, o Estado apenas é portador do ordenamento jurídico na medida em que ele seja sujeito de todas as proposições jurídicas, i. e., que todas as proposições jurídicas expressem sua vontade unificada. A relação

³ Cf. a esse respeito meu Hauptprobleme, p. 311 ss.



do Estado como portador do ordenamento jurídico com o Estado como sujeito de obrigações e deveres se reduz à relação do todo com as suas partes. Como uma oposição material poderia ocorrer aqui?

§ 2. A imputação jurídica ao Estado e o conceito de ilícito

A plena impossibilidade de pensar um ilícito do Estado também pode ser tornada plausível por meio de outra via, a qual é especialmente adequada para conduzir até o mais profundo núcleo daquela relação que diz respeito a tudo o que está em questão aqui: a relação entre Estado e direito. A natureza plenamente jurídica [do Estado], a qual é evidente para um tratamento *jurídico* do Estado, pois ela é um pressuposto necessário, irá se tornar especialmente clara caso não se aborde [o tema] a partir do Estado que quer, i. e., o ordenamento jurídico, mas sim [a partir] do Estado que age, i. e., o executivo. Afinal, o que significa [que algo seja] um ato do Estado? O que significa quando dizemos [o seguinte]: o Estado puniu este ser humano, o Estado construiu esta escola, o Estado administrou esta estrada de ferro? Significa que não *imputamos* determinados atos humanos aos próprios atores físicos, mas sim a outro [sujeito], [a um] sujeito comum pensado como por trás destes seres humanos. Todas as sentenças que afirmam um ato do Estado dizem respeito a cada um daqueles processos mentais especiais e particulares que têm de ser indicados como imputação. A imputação ao Estado não é de modo algum a única possível; ela é apenas um caso especial daquela operação mental que se mostra adequada a todas as esferas do tratamento normativo. Tão frequentemente quanto ocorre de alguma hipótese de incidência – seja ela positiva ou negativa, um acontecimento ou uma omissão – ser vinculada a uma pessoa, ocorre a imputação. De nenhuma maneira a imputação precisa ser [uma imputação] jurídica, [pois] também existe uma imputação ética, uma imputação econômica; existem tantas imputações quanto existem espécies de normas, pois a imputação sempre ocorre tendo por fundamento normas, normas morais, normas jurídicas etc. Não posso repetir



aqui a evidência, oferecida em outro lugar⁴, de que a suposição que atualmente prevalece não é sustentável, com a consequência de que a essência da imputação consiste em um nexos causal ou em uma vinculação teleológica entre o sujeito e o objeto, entre a pessoa e a hipótese de incidência a ser imputada. Precisamente a imputação, a qual conduz à pessoa do Estado, mostra isso de modo claro. Caso alguém se pergunte a respeito das *causas* de alguma hipótese de incidência imputada ao Estado, p. ex., a aplicação de uma pena, uma execução, a construção de uma rua, [ele] nunca irá se deparar com um elo que possa ser reconhecido como a “pessoa do Estado”. Pois a pessoa do Estado não é de modo algum um fato existente no mundo da realidade, [não é] nenhuma ocorrência que tenha lugar na sequência causal. Inúmeras cadeias causais conduzem à hipótese de incidência imputada, e cada cadeia causal conduz além deste [ponto] em direção ao infinito. Já a suposição de uma causa única essencial contraria por princípio o sentido da colocação de um problema causal. O princípio causal não basta para o esclarecimento da imputação.

Da mesma forma é preciso rejeitar a afirmação de que a imputação em geral, e a [imputação] ao Estado em especial, seja de natureza teleológica. Ela [essa afirmação] implica que seria imputável a uma pessoa [aquilo] que fosse visado, i. e., pretendido ou *querido*. Deixando de lado que existem inúmeros casos nos quais também hipóteses de incidência não desejadas serão imputadas juridicamente, p. ex., delitos por negligência, [além disto] um tal vínculo teleológico pressupõe, por parte do sujeito da imputação, um ato de vontade psíquico, i. e., o sujeito da imputação, a *pessoa*, somente pode ser e sempre [será] um ser humano. De modo algum quero levar em conta aqui [o fato de] que a pessoa [como] unidade ético-jurídica nunca pode ser idêntica ao ser humano [como] unidade biológico-fisiológica, que nunca é permitido à pessoa, e sempre ao ser humano, ser observado como portador de processos psíquicos. A esse respeito quero apenas indicar que lá onde a qualidade de pessoa não se encontra vinculada ao substrato real [identificado como o] “ser humano”, p. ex., com

⁴ Cf. a esse respeito meu [livro] Hauptprobleme, p. 72 ss.



respeito às pessoas jurídicas das fundações, instituições e corporações, de modo algum se pode falar de uma vontade psíquica. Quando busco junto a alguma hipótese de incidência exterior o ato de vontade psíquico por meio do qual ela [a hipótese de incidência] foi visada, pretendida, sempre posso chegar apenas a um ser humano, a uma pessoa física – tal como os juristas se expressam de forma imprecisa –, mas nunca a uma pessoa jurídica. De que forma a imputação encontra seu caminho através desses seres humanos em direção à pessoa do Estado, isto o tratamento teleológico não consegue me mostrar. Precisamente nesse ponto, no qual o tratamento teleológico acaba, insere-se pela primeira vez o problema da imputação. De fato, também se fala de uma “vontade” do Estado, e esta vontade do Estado se encontra em um vínculo estreito com a imputação ao Estado. Por si só esta vontade do Estado não é uma ocorrência psíquica no sentido teleológico! Como portador do ordenamento jurídico ele [o Estado] se mostrou como uma construção mental pura, como uma forma lógica para certas qualidades do ordenamento jurídico, e ao mesmo tempo como ponto geométrico a partir do qual todas as proposições jurídicas podem ser correlacionadas, ou seja, como algo que apenas existe no pensamento daquele que compreende o ordenamento jurídico, mas que não [existe] fora deste pensamento, na realidade objetiva (a partir de um ponto de vista subjetivista: na apreensão [física]). A vontade do Estado precisa se confirmar como o mesmo [ser], porém observado de outro ponto de vista, na medida em que ela se manifesta como substrato da personalidade do Estado dotado de obrigações e direitos. Não como alguma realidade psicológica, mas sim como uma construção desenvolvida com o propósito da imputação, como uma abreviação ideal para determinadas formas de pensamento especificamente jurídicas e semelhantes [entre si]. Sem querer apresentar exaustivamente essa ocorrência muito complicada, tentarei demonstrar por meio de um exemplo o mecanismo da imputação jurídica, e de fato da imputação especial ao Estado. Quando o juiz condena um alto traidor à morte e incumbe o carrasco de executar o condenado, então posso observar toda esta hipótese de incidência que ocorre com a pena como ações [que] não



[pertencem] às pessoas que implementam a pena, e somente posso não considerar estas pessoas responsáveis por assassinato ou instigação ao assassinato, pois graças ao direito me encontro *forçado* a imputar todas as ações em questão, as quais em si mesmas e sem levar em consideração as prescrições sobre imputação do ordenamento jurídico se mostram tais como o assassinato e a instigação, não às pessoas que agem, mas sim ao Estado. Contudo preciso imputar essa hipótese de incidência ao Estado, pois ela [a hipótese de incidência] é imputável ao Estado, e de fato em uma proposição jurídica bem concreta – a saber, naquela que estabelece a pena de morte para a alta traição –, ou [então a hipótese de incidência] é indicada como querida pelo Estado, [e é] indicada deste modo na medida em que ela é expressa como a consequência do ilícito de uma determinada hipótese de incidência [descrita em tal hipótese de incidência] – aquela da alta traição. A proposição jurídica em questão, a qual precisamos pensar como uma sentença hipotética, estabelece na sua primeira parte, com a forma gramatical de uma condição, as circunstâncias sob as quais tem de ocorrer a consequência do ilícito fixada de modo preciso na segunda parte. Quando alguém pratica alta traição, ele deve ser morto, i. e., ele deve ser punido com a morte. Apenas porque e na medida em que a hipótese de incidência em questão é verificável no consequente [no elemento da consequência] como uma sentença hipotética válida enquanto proposição jurídica, será esta hipótese de incidência imputável ao Estado, os seres humanos que realizam esta hipótese de incidência serão órgãos estatais, suas ações [serão] funções de órgãos [estatais]. Evidentemente a hipótese de incidência imputável ao Estado com base no ordenamento jurídico não precisa ser apenas uma punição. A desvantagem executada sob certas condições, estabelecidas na proposição jurídica, pode ser também uma execução civil. Pena e execução são as consequências específicas do ilícito, i. e., elas caracterizam as condições às quais elas estão vinculadas [e que são os] ilícitos. Por si só as hipóteses de incidência imputáveis ao Estado não se esgotam com a punição e com a execução. Assim como a punição e a execução – as quais são apenas caracterizadas em particular por meio de um momento



material, a desvantagem para os *submetidos* –, [também] alguma outra hipótese de incidência pode ser fixada como imputável ao Estado por meio de uma proposição jurídica. Assim como a punição [pode ser vinculada] a determinadas condições, da mesma maneira [determinadas condições] podem ser vinculadas, p. ex., a uma assistência aos pobres, à construção de uma escola, à atribuição de uma concessão, etc. O conceito da proposição jurídica vai além de uma mera ameaça de desvantagem. Toda proposição jurídica expressa apenas uma hipótese de incidência vinculada a determinados pressupostos, e deste modo oferece o critério para a imputação ao Estado. Todo o ordenamento jurídico se mostra deste modo como uma soma das regras de imputação. E que exista um único ponto ou uma única pessoa, à qual todas as imputações sejam reconduzidas tendo por base as proposições jurídicas, isto significa que a imputação conduz em direção ao *Estado*. O que denominamos vontade do Estado, isto é apenas o ponto final comum de todas estas imputações, a pessoa do Estado é apenas o ponto de intersecção comum para as linhas de imputação, as quais são postas por ações de órgãos. Preciso me servir de analogias geométricas quando quero ilustrar a essência dessa construção jurídica, especialmente para a teoria do direito formal, [pois] quanto mais ela [a teoria] se aprofunda nesta [na essência], tanto mais ela será em certo sentido compreendida como a geometria do fenômeno jurídico. O Estado que age ou a vontade do Estado no executivo, a personalidade de direitos e deveres como ponto comum a partir da imputação realizada tendo por base proposições jurídicas, [tal vontade] é fundamentalmente falando a mesma, apenas observada do outro lado, [com respeito] ao que seria conhecido como vontade do [lado do] Estado no ordenamento jurídico, do Estado como portador ou personificação do ordenamento jurídico: um símbolo jurídico para determinadas qualidades e relações de um sistema de normas. – Naturalmente, desse modo apenas se afirma algo a respeito da natureza *jurídica* do Estado, sua essência apenas se esgota quanto ao tratamento limitado ao jurídico, i. e., normativo, quanto às normas jurídicas, [quanto] a um mundo do dever jurídico.



O conhecimento, conforme o qual é apenas necessário compreender como vontade do Estado ou como pessoa do Estado uma construção especificamente jurídica desenvolvida com o propósito da imputação, [tal conhecimento] precisaria atingir uma posição protegida de todos os lados, inatacável, caso fosse evidenciado que não apenas em especial os conceitos de vontade do Estado ou de pessoa do Estado, mas mesmo os conceitos de vontade ou de personalidade seriam inerentes a todas as esferas do pensamento jurídico no mesmo sentido não-psicológico, especificamente jurídico-constutivo; [seria preciso] que a este respeito não se tratasse de uma preferência psíquico-real que se manifesta no mundo da realidade observado pelo jurista, mas sempre apenas de um sinal convencional para certas operações mentais jurídicas normativo-específicas da mesma espécie [e que se manifestam] no mundo dos juristas que apreendem normas jurídicas. Acredito ter oferecido essa evidência em outro contexto⁵, e [além disto] ter mostrado pela primeira vez que não apenas o problema do Estado é no fundo um problema de imputação, mas que a imputação é [algo dotado] de significado central, fundamental para todas as esferas da construção jurídica.

Pois bem, esclarecida em certa medida a essência da imputação ao Estado e tornado compreensível o sentido daquela sentença, a qual declara alguma hipótese de incidência como querida pelo Estado, a qual fala de uma ação do Estado, então será percebida a plena absurdidade que se encontra presente na representação de um ilícito estatal, [então] será esclarecida [e tornada] autoevidente a [natureza] completamente impensável de um ilícito do Estado. Pois a imputação ao Estado apenas é possível tendo por base uma proposição jurídica. Somente o que a própria proposição jurídica aponta como tal, somente a hipótese de incidência fixada pela proposição jurídica, pode ser imputada ao Estado. O Estado precisaria querer dentro do próprio ordenamento jurídico o ilícito, de tal forma que este pudesse ser imputado a ele no executivo. Isso seria plenamente absurdo.

⁵ Cf. meu [livro] Hauptprobleme, p. 162 ss.



E desse modo se percebe o que de fato pode vir a ser observado como ilícito e porque uma hipótese de incidência pode ser observada como ilícito! O único fundamento cognitivo nesse sentido, [no sentido de] que alguma hipótese de incidência seja considerada “ilícito” conforme o tratamento jurídico, encontra-se situado no fato de que o ordenamento jurídico de certo modo, a saber, por meio da pena ou execução, reage a ele [ao ilícito], que esta hipótese de incidência é estabelecida em uma proposição jurídica concreta como condição de uma denominada vontade de punir ou executar, i. e., [na medida em que esta hipótese de incidência] é [vinculada] a uma consequência do ilícito. Que esta vontade seja a vontade do *Estado* e aquilo que tal “vontade” do Estado significa, isto decorre do até então afirmado. Junto a isso também [é de se reconhecer que] o conhecimento *do ilícito, conforme os princípios invioláveis da lógica jurídica, apenas vale como pressuposto, nunca como conteúdo do querer ou agir estatal!* (Que esse não seja o único pressuposto possível, mas sim apenas a condição da vontade punitiva ou executória estatal, isto provém da mesma maneira do conceito estendido de proposição jurídica que já foi desenvolvido.)

Já uma vez fiz uso daquela analogia apenas aparentemente paradoxal, a qual consiste em [referir] uma investigação profundamente necessária e que segue os passos da técnica conceitual e da economia de pensamento, entre os conceitos de Estado e de Deus. Ambos os conceitos se mostraram como personificações de sistemas normativos logicamente fechados, internamente livres de contradições, de tal modo que a colocação do problema toma como ponto de partida, respectivamente, o ordenamento jurídico ou a ordem universal. Entretanto, também pela via oposta permanece o paralelo encontrado, caso se tente avançar não a partir do Estado que quer, mas sim do [Estado que] age, i. e., [quando se parte] do executivo, [ou seja] não das regras transcendentais das ocorrências do mundo, mas sim da própria realidade destes acontecimentos, [em direção] a ambos os conceitos. Assim como em particular a pessoa do Estado ou a vontade do Estado, observadas a partir do executivo, mostram-se como ponto de intersecção de todas as linhas de imputação estabelecidas por atividades de



órgãos, como ponto de imputação comum de todas as funções do Estado, do mesmo modo a vontade de Deus, a personalidade da divindade, provém de uma construção postulada através de um tratamento normativo do mundo, observada como o ponto de imputação da hipótese de incidência total do ser, o qual fundamenta uma necessidade metafísica final para o vir a ser obrigado transcendental [transzendentalen Werdegebotes] de um dever-ser. Apenas [cabe observar] que esse conceito de Deus não conduz apenas a um [tratamento] normativo, mas também, ao mesmo tempo, a um tratamento explicativo, i. e., esclarecedor, na medida em que ele não apenas possui a função de um ponto de imputação normativo universal, mas também a [função] de um ponto de partida causal, uma prima causa. Tudo o que ocorre não será somente imputado à divindade como querido por Deus, mas será também visto como causado através de Deus. Nessa medida o conceito de Deus significa a síntese de ambos os princípios logicamente excludentes do normativo e do explicativo, do mundo do dever e do mundo do ser ou do necessário [que é] determinado causalmente. Uma síntese, a qual tal conceito, o mais elevado e último, que não foi construído na oficina lógica da ciência, não pode evitar, uma síntese, a qual, porém, precisa ser rejeitada [quando se parte] do conceito de Estado que se encontra na esfera da ciência, [considerando-a] como um sincretismo de métodos inadmissível; certamente [isto] será sempre novamente tentado quando se busca compreender as ações imputadas ao Estado como ações provocadas ou queridas, [em sentido] psicológico, pelo Estado. Entretanto, a imputação de um ilícito ao Estado consistiria na mesma antinomia lógica do que a que ocorreria na representação de um pecado [praticado por] Deus. Que a teologia de fato se encontre frente a esta dificuldade conceitual de um pecado querido por Deus, ou seja, frente a um pecado imputável a Deus, e que ela deste modo se encontre em uma situação análoga à da doutrina frente à suposição de um ilícito do Estado, isto é evidente. Não sei como a teologia resolve esse problema; caso ela não consiga, então ela ao menos sempre possui para si como justificativa a natureza metalógica e transracional dos últimos conceitos. Porém falta essa justificativa às construções



da teoria do direito, e por isto ela precisa evitar a todo custo o monstro ilógico de um ilícito estatal.



2. O ilícito criminal e civil do Estado

§ 3º A capacidade delitiva das pessoas jurídicas

Após ter sido enunciado em termos gerais a questão da capacidade [para praticar] ilícitos do Estado, deve-se agora investigar a relação do Estado com o ilícito criminal e civil. A diferença entre o ilícito criminal e o [ilícito] civil consiste exclusivamente na espécie de consequência do ilícito. Enquanto o ilícito criminal é toda aquela hipótese de incidência à qual uma proposição jurídica vincula uma pena, o ilícito civil é caracterizado através da consequência do ilícito [contida] na execução, a qual se inclui por último nos pressupostos determinados na proposição jurídica. Que não seja permitido observar a obrigação de indenizar, ao lado da execução, como consequência do ilícito, tal como ocorre conforme a teoria dominante, isto não pode ser mostrado aqui de modo detalhado. Essa compreensão foi por mim justificada em outro contexto.⁶ [O crucial] para a classificação do conceito plenamente esgotado de ilícito em ilícito criminal e civil é exclusivamente a *consequência do ilícito*, e para ambas as subdivisões é a espécie desta consequência do ilícito o crucial, não, porém, alguma qualificação interna da hipótese de incidência. O denominado ponto da culpa psíquica, assim como, conforme a teoria dominante, a obrigação por ser culpado, consiste no fato psíquico do dolo e da culpa, na vontade má e na negligência⁷, não é nenhum elemento constitutivo essencialmente necessário para que se conheça o conceito criminal ou civil de ilícito. O ilícito especialmente culpável compreende o conceito do *delito*, o qual de fato pode ser um delito criminal ou civil, conforme a consequência do ilícito, cuja especificidade não é a consequência do ilícito, mas sim – diferentemente do conceito amplo de ilícito, o qual inclui o delito em si – consiste no ponto da culpa psíquica. Conforme a teoria dominante, o ilícito criminal é sempre culpável, não existe pena sem culpa, e por isto de fato todo

⁶ Cf. meu [livro] Hauptprobleme, p. 134 ss.

⁷ Para a crítica a esse conceito de culpa, cf. meu [livro] Hauptprobleme, p. 133 ss.



[ilícito] criminal, porém nem todo ilícito civil, é um delito. Nesse contexto fica ainda em aberto se os ordenamentos jurídicos modernos de fato apenas vinculam penas a hipóteses de incidência psiquicamente qualificadas, e se não se encontra mais qualquer vestígio da denominada responsabilidade estrita [Erfolgshaftung].⁸ De qualquer modo fica à sua discricção o pôr sob [a categoria] punição também as hipóteses de incidência que de nenhum modo apontam um elemento psíquico, mas [que] apesar disto vêm a ser [consideradas] ilícitos criminais. Independentemente disso, o ilícito criminal sempre será compreendido como delito, e a questão a respeito da capacidade [para a prática de] ilícitos criminais, do Estado ou de outras pessoas jurídicas, será confundida com a capacidade delitiva; por isto a verificação crítica que se segue, sobre a doutrina dominante quanto à capacidade para ilícitos criminais do Estado, precisa levar isso em conta.

Alguém poderia pensar que a impossibilidade de imputar um ilícito criminal ao Estado seria um conhecimento autoevidente, que a representação de um Estado que assassina, rouba, desfalca, e que por isto conseqüentemente tem de ser punido pelo [próprio] Estado, seria apontada como absurda. Porém não é assim! De fato, a teoria orgânica do Estado de *Gierke* conduz nas suas conseqüências últimas a esses resultados incomuns, e não faltam teóricos que tenham decidido levar a cabo estas conseqüências.

Para *Gierke* o Estado é uma corporação, assim como todas as outras, e os princípios que ele acredita precisar estabelecer em [termos] gerais, por conta de sua perspectiva especialmente orgânica, ele utiliza sem delonga também para o Estado. Tal como toda corporação, assim para ele [*Gierke*] também o Estado, [o qual se mostra] distinto da comunidade formada pelos seres humanos, é um ser vivo plenamente real e especificamente orgânico, pois ele possui uma vontade

⁸ De qualquer maneira os delitos por omissão não apontam um elemento psíquico positivo. Cf. a esse respeito meu [livro] *Hauptprobleme*, p. 135 ss. Quanto a esse tema, na seqüência, quando se fala de elementos da culpa no sentido de processos psíquicos, apenas se pode deste modo pretender fazer referência ao querer ou ao prever o fato constitutivo ilícito, i. e., a vontade ou intenção má e o saber [a este respeito]. Quanto aos delitos por omissão, para estes, em verdade, a responsabilidade estrita já está presente.



autônoma, diferente da vontade dos seres humanos individuais, e pertence a uma realidade psíquica, assim como a vontade dos seres humanos. Aqui não é o lugar para criticar essa compreensão fundamental da perspectiva orgânica. Estritamente falando, isso é bem infrutífero, pois a esse respeito trata-se de um *pressuposto* que ao fim não é discutível, trata-se do professar uma fé. A realidade da corporação é algo que não pode ser demonstrado ou refutado, [é algo] que apenas pode ser ou não vivenciado de modo direto. Aquilo, o que se denomina a realidade da corporação e que um [indivíduo] entende por evidente e outro por simplesmente inventado, declarado como [algo] místico, de qualquer modo como incompreensível, não é algo que poderia ser compreendido com a mera razão ou que poderia ser criado por meio de um processo *mental* racional; claramente se trata de algo dado de modo direto à apreensão. Se tu não sentes, não irás entender! Esse é o ponto onde o antagonismo da teoria jurídica se mostra como antagonismo dos caracteres e das visões de mundo. A única coisa na teoria orgânica que pode ser verificada do ponto de vista de uma compreensão inorgânica é a adequação ou estabilidade lógica de seus resultados, não, porém, a admissibilidade de seus pressupostos. Partindo do pressuposto de que a pessoa jurídica da corporação não é [uma unidade] criada através do ordenamento jurídico ou que somente pode ser construída através do ordenamento jurídico, e por isto [que ela consiste em] uma unidade *lógico-juridicamente* construída, mas que [ela] é, isto sim, tal como o ser humano, uma realidade física e psíquica, a qual será preliminarmente encontrada e no máximo reconhecida a partir do ordenamento jurídico, a teoria orgânica chega à consequência de que se acreditará que a corporação, a qual, tal como um ser humano, possui uma vontade, será [dotada até mesmo da] *liberdade da vontade*⁹, assim como se precisa [acreditar] na capacidade delitiva de um ser humano¹⁰.

Quanto ao que diz respeito à questão da capacidade delitiva e [para a prática de] ilícitos das pessoas jurídicas, aqui apenas se deveria estabelecer os

⁹ Otto Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin 1887, p. 752.

¹⁰ Otto Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, p. 530 – a citação a seguir se encontra aí.



princípios fundamentais, [pois] este problema somente pode ser apresentado de forma juridicamente correta conforme [estes princípios]. Para começar é preciso que exista o conhecimento de que nesse contexto se trata de um *problema de imputação*, da imputação de uma determinada hipótese de incidência para uma determinada pessoa, e que este processo mental especialmente jurídico da imputação apenas pode ser desenvolvido com base no ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico pode imputar alguma hipótese de incidência a alguma pessoa conforme sua preferência. O único limite que pode ser posto a ele é [aquele da] lógica jurídica: a imputação não possui a capacidade de compreender qualquer objeto que ele [o ordenamento jurídico] não pode compreender em virtude de sua natureza lógica, e não se pode estabelecer uma imputação através de uma proposição jurídica, a qual contraria outra [proposição jurídica], caso o ordenamento deva ser um sistema de proposições jurídicas logicamente fechado e que não se contradiz. A partir desta última impossibilidade lógico-jurídica a imputação de uma hipótese de incidência ilícita à pessoa do Estado precisa ser rejeitada por princípio. Por si só, o pressuposto especial que torna impossível a imputação de uma hipótese de incidência [que estabelece um] ilícito ao Estado, a saber, o fato de que a vontade do Estado possui por conteúdo o ordenamento jurídico, não se encontra de modo algum dado, e por isto a capacidade delitiva [e para a prática de] ilícitos deste não pode ser rejeitada desde o princípio, mas sim, no máximo, a partir de outro fundamento do que [aquele da] capacidade delitiva do Estado ou [da capacidade para a prática de] ilícitos.

No que diz respeito especialmente à capacidade [para a prática de] *ilícitos* civis das pessoas jurídicas (com a exceção do Estado), quanto a isto a admissão de tal [capacidade] não apenas parece ser possível, mas até mesmo idêntica com a construção da personalidade jurídica como tal! Quando o ordenamento jurídico reconhece as pessoas jurídicas ao lado das denominadas pessoas físicas, então isto possui em primeiro lugar o significado de que quando uma obrigação jurídica fundada através de um órgão da pessoa jurídica viola esta própria [obrigação], [então esta obrigação] será executada através de um processo



[iniciado por parte] do agredido, não contra a pessoa do órgão, mas sim contra a pessoa jurídica, a saber, [contra] seu patrimônio e *apenas* [contra] *seu* patrimônio. Quanto à discussão a respeito da capacidade delitiva, i. e., a capacidade [para praticar] ilícitos *culpáveis*, ignorou-se que os opositores e os defensores da *capacidade delitiva* estão em acordo quanto à questão da capacidade [para a prática de] ilícitos civis da pessoa jurídica. Que a hipótese de incidência do ilícito civil seja imputável à pessoa jurídica e não ao órgão, isto é determinado pelo ordenamento na medida em que ele orienta a execução diretamente ao patrimônio da pessoa jurídica. Quando o ordenamento jurídico imputa alguma hipótese de incidência de um ilícito a alguém, isto provém da pessoa que é atingida com a consequência do ilícito.¹¹

Assim como [ocorre com respeito a] uma hipótese de incidência de um ilícito civil, o ordenamento jurídico pode imputar uma [hipótese de incidência] criminal a uma pessoa jurídica, na medida em que ele [o ordenamento jurídico] impõe a punição vinculada à hipótese de incidência realizada por alguém à pessoa jurídica e não ao órgão físico ou a algum ser humano, o qual realizou corporalmente a hipótese de incidência punível. Quanto a isso o ordenamento jurídico de modo algum precisa se limitar a punições específicas, que apenas podem ser impostas sobre a pessoa jurídica, tais como penas pecuniárias, dissolução, etc. Aqui cabe recordar o significado geral que a imputação possui para a pessoa jurídica, o qual não é nada outro senão uma construção imputacional (ao menos conforme aqueles para os quais a concepção da teoria orgânica continua impossível). Caso um patrimônio seja visto como pertencendo à pessoa jurídica, então isto não é algo diferente do que o imputar [o patrimônio] a ela. Quando uma hipótese de incidência estabelecida por um ser humano como um ilícito da própria pessoa jurídica vale, então isto apenas [é assim] graças à imputação do caso [em questão], a qual transfere o ilícito para a pessoa jurídica. E quando uma pessoa jurídica pode delinquir através de um ser humano, [então]

¹¹ Ainda assim a denominada “execução contra o Estado” não deve ser vinculada de modo precipitado a uma capacidade para a prática de ilícitos civis do Estado. Cf. a esse respeito abaixo, p. 63 ss.



por que ela, seu órgão, também não deveria poder ser punida através deste ou de outro ser humano? Por que não seria possível imputar tanto o delito quanto também a pena à pessoa do ser humano? Decididamente o ordenamento jurídico possuiria meios adequados a fim de, p. ex., direcionar a imputação de uma pena privativa de liberdade, a qual um ser humano cumpre por uma corporação, a partir deste [ser humano] em direção à pessoa jurídica que ele representa, de tal modo que, exemplificativamente, este ser humano será considerado, quanto a sua pessoa, como não possuindo condenações, e ele apenas sacrifica sua liberdade para a pessoa jurídica. Não se deve esquecer que se está tratando de juízos de valor arbitrários, os quais podem ser determinados, de modo arbitrário, por normas jurídicas arbitrárias! Certamente existe outra questão, [a saber] se tal punição da pessoa jurídica de fato faz sentido, se a punição ainda afirma seu propósito específico, se deste modo o ordenamento jurídico [deve] punir pessoas jurídicas, com outras palavras, [se o ordenamento jurídico] *deve* imputar a elas hipóteses de incidência de ilícitos criminais. Essa é uma questão político-legal, não teórico-jurídica. De lege lata [conforme o direito existente] tal imputação é estranha à maior parte dos ordenamentos jurídicos.

Caso a pergunta sobre a capacidade para a prática de ilícitos da pessoa jurídica precise ser posta em questão, então de modo algum se pode responder por enquanto a pergunta sobre a capacidade delitiva. [Um] delito é, conforme a doutrina dominante, [um] ilícito culpável. Caso as pessoas jurídicas devam ser capazes [para a prática de] delito[s], então precisa ser possível não somente imputar a elas uma hipótese de incidência do ilícito [que consiste na] violação da norma, mas também os fatos psíquicos internos, os quais geralmente se indica como [consistindo na] culpa. Não apenas o próprio ilícito, mas também a própria culpa da pessoa jurídica precisa ser reconhecida. O problema, o qual será tratado sob a palavra-chave capacidade delitiva das pessoas jurídicas, consiste, portanto, formulado de modo precisamente jurídico[, no seguinte]: o processo da imputação jurídica pode compreender também os fatos psíquicos do denominado ponto da culpa, e transferi-los a uma pessoa jurídica? Caso ele não



contrarie a essência da imputação, o denominado ponto da culpa pode ser imputado pelo ordenamento do modo como lhe for preferível.

A imputação jurídica, i. e., a imputação através do ordenamento jurídico, surge da necessidade de vincular determinadas hipóteses de incidência exteriores a certas pessoas. O que ocorre no interior do ser humano, em sua alma, é irrelevante para o ordenamento jurídico, [e] contanto que isto não se manifeste objetivamente, precisa permanecer irrelevante para o ordenamento jurídico, pois ele [o ordenamento jurídico] não é capaz de compreender fatos psíquicos em si mesmos. Enquanto os processos mentais permanecerem encerrados no interior do ser humano, eles não se encontram dados de modo algum para o mundo social do ordenamento jurídico. É certo que hipóteses de incidência puramente psíquicas, as quais não se encontram em nenhuma relação com as ações externas dos seres humanos, não são levadas em questão de modo algum por parte do ordenamento jurídico, e por isto também [no que se refere] à imputação normativa.

Os processos psíquicos, por outro lado, imediatamente possuirão significado para o ordenamento jurídico quando eles se encontram vinculados a hipóteses de incidência externas. Para os ordenamentos jurídicos modernos não é indiferente se um comportamento foi querido, [se] uma consequência foi ou não prevista. Os ordenamentos jurídicos que correspondem ao sentimento jurídico moderno também incluem os fatores psíquicos nas proposições jurídicas. Fatores psíquicos do querer e do prever (intenção, consciência [de algo]) pertencem em inúmeros casos às condições às quais a consequência do ilícito é vinculada. Apenas se indaga qual é a posição a ser ocupada por essas condições psicológicas em relação às outras [condições], especialmente qual é a relação da hipótese de incidência com a imputação.

É preciso ser determinado que uma hipótese de incidência de um ilícito tem de ser imputada juridicamente àquela pessoa, a qual é atingida pela consequência do ilícito ameaçado; e é preciso ser recordado novamente que o vínculo produzido desta forma, através do ordenamento jurídico, entre o objeto



da imputação ([a] hipótese de incidência do ilícito) e o sujeito da imputação, é [um vínculo] plenamente arbitrário. Não deve ser esquecido: o ordenamento pode classificar a hipótese de incidência de sua preferência como ilícito, e vinculá-la à pessoa que ele quiser, na medida em que ele a transforma [a hipótese de incidência] em pressuposto de uma consequência [da prática] do ilícito, e [deste modo] direciona a consequência do ilícito a esta pessoa. Desse modo o ordenamento jurídico não se encontra – e isto precisa ser sempre destacado – particularmente vinculado a um nexó psicológico-teleológico ou físico-causal entre o sujeito da imputação e o objeto da imputação; i. e., por meio da proposição jurídica qualquer hipótese de incidência de um ilícito pode ser imputada também a outra pessoa do que [àquela que] se pode esperar quando se considera um vínculo físico ou psíquico, ou [então quando se considera] a imputação ética. O ordenamento jurídico pode punir o proprietário do escravo, o qual matou um [ser humano] livre, e deixar o escravo sem punição, assim como [o ordenamento jurídico] pode punir o proprietário de uma casa, se um tijolo que caiu do telhado desta lesionou um passante. Ele também pode – a fim de oferecer um exemplo da possível diferença entre a imputação ética e jurídica, uma diferença, a qual apenas corresponde à incongruência possível entre normas morais e jurídicas – compelir à pena o [sujeito] que é forçado por meio de hipnose à prática de um crime, ou seja, imputar juridicamente ao hipnotizado o fato, enquanto uma imputação ética sofisticada considera o crime exclusivamente como ato do hipnotizador. Se a imputação jurídica, i. e., [a imputação] que se realiza com base na proposição jurídica, [e] se a proposição jurídica são também justas, éticas, adequadas ao fim, esta é uma outra questão.

O que é por si só aquilo que imputamos, o que é o objeto da imputação? Caso o ordenamento jurídico corresponda a uma exigência da justiça, a um sentimento refinado do [que seja o] direito, [caso ele] não apenas ameace com a pena ou a execução uma mera hipótese de incidência externa, mas sim uma hipótese de incidência psicologicamente qualificada, por exemplo, [caso ele] apenas puna os homicídios intencionais, ou apenas sujeite à execução os danos



pretendidos, então não se pode dizer que aquele que deve ser atingido pela consequência do ilícito será da mesma maneira imputado, [tanto] pela hipótese de incidência externa quanto pelo processo psíquico. Ao assassino de fato será imputada juridicamente a morte, mas não também a má intenção; seu ato é, juridicamente, a morte do assassinado; contudo a intenção não é vinculada a ele por meio de um processo mental jurídico. A intenção é muito mais a *condição* da imputação estabelecida pela proposição jurídica, ela não é mais o próprio objeto, o qual apenas compreende a hipótese de incidência exterior. No mesmo sentido em que se imputa ao homicida a hipótese de incidência externa do homicídio, não se pode imputar juridicamente a ele também a intenção de matar, pois a fim de vincular a intenção com o homicida não é necessária qualquer imputação normativa, [pois] se trata de *sua* intenção, também quando não existe um processo mental jurídico específico; a intenção, a qual é compreendida sob as condições da consequência do ilícito, é ela própria apenas a condição da imputação. Ou, dito com outras palavras: o fim do ordenamento jurídico é somente vincular as hipóteses de incidência externas às pessoas, ainda que em certos casos os ordenamentos jurídicos modernos se utilizem de um meio vinculante material para o denominado fator culpa [Schuldmomentes], um [fator] psíquico.

O significado da compreensão desse denominado fator culpa como uma condição, mas não como um objeto da imputação, mostra-se claramente quando o ordenamento pune ou executa outro que não o autor físico ou psíquico. Uma proposição jurídica determina, p. ex., que em virtude da produção de dano doloso através do representante é permitida de modo direto a execução da consequência do ilícito contra o representado. Aqui se mostra plenamente ajustado, [conforme] o sentido da linguagem jurídica, que se impute a hipótese de incidência exterior da produção de danos ao representado, quando [então] se afirma: não o representante, mas o representado produziu os danos. Porém, novamente se direciona contra a sensação linguística [o] desvincular também a ocorrência psíquica da intenção do representante, e vinculá-la ao representado.



Não se pode afirmar: o representado tinha a intenção de produzir danos, o representado, e não o representante, é o culpado. O uso linguístico jurídico, no qual a formação conceitual jurídica vem a ser expressa, não permite de modo algum uma imputação do denominado fator culpa a alguma outra pessoa do que àquela pessoa, à qual ele [fator culpa] está psicologicamente vinculado. Opõe-se à essência do fator psíquico que se indica como culpa que se pense em outro [sujeito] que não naquele [sujeito] que age ou parece agir. Caso uma hipótese de incidência de um ilícito deva ser imputada a uma pessoa jurídica, a qual [a hipótese de incidência segundo a qual] o ordenamento jurídico vincula à condição de um fator culpa (intenção, prever) – p. ex., [caso] seja imputada à pessoa jurídica o dano intencional, o qual seu órgão causou –, sob certas circunstâncias, a um terceiro, então a hipótese de incidência externa forma um ilícito [que é] próprio da pessoa jurídica, o qual pode ser imputado a ela, pois a condição exigida pelo ordenamento jurídico, a vontade má, é satisfeita pelo órgão. Contudo, o fator psíquico culpa não pode ser imputado a ela [à pessoa jurídica], pois ele não pode ser imputado de modo algum, pois ele não é a matéria, o objeto da imputação, mas sim apenas sua condição. Certamente existe um ilícito próprio da pessoa jurídica, mas não existe qualquer culpado deste [ilícito] no sentido de um processo psíquico. A pessoa jurídica pode agir e omitir, mas ela não pode querer ou pensar em sentido psicológico, pois fatos psíquicos, como tais, escapam à imputação jurídica; e por isto ela também não pode querer ou prever o ilícito que é imputado a ela, [ela] não pode, neste sentido psicológico, ser culpada.

Quando se fala de uma “vontade” da pessoa jurídica e o uso linguístico jurídico permite que a pessoa jurídica “queira” uma ação ou omissão, então se está lidando aqui – tal como indiquei em outro contexto¹² – não com uma categoria psicológica, mas sim com o conceito jurídico específico da vontade de fazer, o qual é por princípio diferente do fenômeno psicológico de mesmo nome. Nesse sentido, a vontade é apenas a designação necessária à terminologia jurídica

¹² Veja meu [livro] Hauptprobleme, p. 97 ss. e acima, p. 39 s.



para o ponto final da imputação. A pessoa jurídica “quer” uma hipótese de incidência, isto significa o mesmo que [o seguinte]: a hipótese de incidência será imputada à pessoa jurídica. Que a pessoa jurídica possa nesse sentido “querer”, isto significa que não é preciso imputar a ela – tal como será equivocadamente suposto – o ato de vontade psíquico de seu órgão, mas sim unicamente seu comportamento externo, a hipótese de incidência de um agir ou omitir.

Se e em que medida o ilícito [praticado] através dos órgãos da pessoa jurídica pode e precisa ser imputado, esta é uma *quaestio facti*: isto depende das determinações positivas do ordenamento jurídico. De qualquer maneira, em termos gerais, a partir da natureza da pessoa jurídica, com respeito ao seu reconhecimento através do ordenamento jurídico, apenas provém sua capacidade [para a prática de] ilícitos na medida em que se imputa à pessoa jurídica a não-satisfação das obrigações jurídicas que estão fundadas, dentro de sua competência, nos órgãos da pessoa jurídica.

O que pode ser oposto aos resultados aqui sustentados é que quanto à imputação de uma hipótese de incidência de um ilícito externo à pessoa jurídica, caso a imputação seja condicionada por um fator culpa, [a respeito disto] seria o órgão [que deveria ser] visto como sujeito da culpa, não, porém, de um ilícito; este [o ilícito], mas não aquela [a culpa], é transmitido para a pessoa jurídica. Como – alguém poderia objetar – se pode pensar em “culpa” sem ilícito? Essa objeção desaparece quando se reconhece que o fator psíquico da intenção ou do saber será indicado de forma muito inadequado como “culpa”. O valor ou desvalor jurídico que vem a ser expresso no julgamento de culpa nunca pode ser um processo psíquico como tal, nunca pode ser imanente a uma ocorrência [da esfera do] ser. Culpa ou merecimento, [ambas] se encontram apenas na relação com uma norma, são qualidades apenas conferidas pela norma. Culpa é a relação com uma [norma] violada, merecimento a [relação com] uma norma satisfeita. Contudo, a culpa jurídica é a relação de toda hipótese de incidência de um ilícito com a norma violada, não apenas da hipótese de incidência do ilícito psiquicamente qualificado; e muito menos devem ser reconhecidos como culpa



os próprios fatores psíquicos, os quais em si, i. e., dissociados de hipóteses de incidência exteriores, não são de modo algum capazes de qualquer relação com a norma violada e apenas poderiam obter a qualidade de culpa por meio de tal relação. Quando o uso linguístico jurídico identifica esses fatores especiais de natureza psíquica com o conceito da culpa, deste modo vem a ser expresso o postulado ético de que a imputação jurídica deve compreender apenas ou acima de tudo as hipóteses de incidência psiquicamente qualificadas como hipóteses de incidência de ilícitos, i. e., que por meio da proposição jurídica hipóteses de incidência psiquicamente qualificadas são apenas ameaçadas de pena ou punição, e que conseqüentemente elas devem ser qualificadas como hipóteses de incidência da culpa.

Uma vez que o fator psíquico, quando não sem exceção, ainda assim deve ser [em regra] tornado de modo frequente [a] condição da imputação do ilícito, i. e., do julgamento jurídico de culpa – e [ele] de fato também será tornado [a condição da imputação do ilícito] nos ordenamentos jurídicos penais modernos, quando se deixa de lado os delitos por omissão –, o próprio fator psíquico será identificado com o conceito da culpa. Isso de fato pode esclarecer a terminologia equivocada, porém não a justifica.

É evidente que uma hipótese de incidência, a qual será declarada culpável, também precisa ser ao mesmo tempo uma hipótese de incidência de um ilícito, pois o julgamento de culpa, assim como o julgamento de [que ocorreu um] ilícito – de fato ambos [os julgamentos] são idênticos –, apenas declara a relação com uma norma violada. Contudo, por si próprio não é permitido aos fatos psíquicos da intenção ou do prever se designarem como culpa, quando eles também querem formar a condição para que uma hipótese de incidência seja considerada como ilícito ou culpável (no sentido correto [do termo]) – por mais que isto entre em conflito com o uso linguístico que neste ponto é plenamente equivocado. Esse é o motivo pelo qual não mais se pode afirmar no caso do denominado ilícito culpável, i. e., daquela hipótese de incidência qualificada do ilícito que será imputada à pessoa jurídica através dos processos psíquicos, que a culpa e o ilícito



serão divididos entre a pessoa jurídica e o órgão, que a pessoa jurídica será o sujeito do ilícito a ela imputado, porém o órgão permanece sujeito da “culpa”, a qual não pode ser imputada à pessoa jurídica, pois [ela] se encontra privada dos fatos psíquicos da imputação. Em verdade, com seu querer ou saber da hipótese de incidência do ilícito o órgão apenas satisfaz uma condição necessária para a imputação desta hipótese de incidência à pessoa jurídica. Porém, através dessa imputação essa hipótese de incidência se tornará para a pessoa jurídica tanto seu próprio ilícito, quanto sua própria “culpa”, desde que o conceito de culpa seja utilizado não no falso sentido psicológico-explicativo de um determinado processo psíquico, mas sim no único sentido correto, a saber [no sentido] normativo de uma relação com a norma violada.

A relação do princípio aqui estabelecido com ambas as perspectivas conflitantes entre si sobre a questão da capacidade delitiva das pessoas jurídicas se apresenta na literatura atual da seguinte maneira: a conformidade com a doutrina da teoria orgânica existe na medida em que seja reconhecida a possibilidade principiológica de imputar à pessoa jurídica, sob certas circunstâncias, não apenas o ilícito como tal, mas também o denominado ilícito culpável, o qual é praticado por seu órgão. Nesses últimos casos, tal como destacado pela orientação de *Gierke* em oposição à teoria ficcional inorgânica, está presente para a pessoa jurídica um ilícito próprio e não estranho. De fato nessa medida existe até mesmo uma correspondência – ainda que apenas terminológica –, na medida em que conforme a terminologia aqui reconhecida como correta também se possa falar de uma culpa [que é] própria da pessoa jurídica e não do órgão, na medida em que se reconheça como culpa apenas a relação com a norma violada. Essa correspondência com as doutrinas centrais da teoria orgânica existe *apesar* da rejeição aqui operada quanto a uma imputação de fatos psíquicos e, portanto, também do falsamente denominado fator culpa da intenção ou [do ter] consciência. Relativamente a esse ponto a construção aqui defendida concorda com a teoria inorgânica. Quando se reflete até às últimas consequências a [respeito da] ideia de que toda personalidade do direito é apenas personalidade



jurídica, e que não pode existir uma diferença formal entre a denominada [pessoa] física e a denominada pessoa jurídica, então não parecerá sem sentido que o dogma formulado pela teoria orgânica [animada] pelo instinto correto, [conforme o qual] “também a pessoa jurídica seria capaz de um ilícito próprio e de uma culpa própria”, também possa ser encontrado através de uma via puramente construtiva com outros meios, do que com os [meios] específicos da perspectiva orgânica, [então] se pode desenvolver, quando se está determinado [a isto], uma revisão do conceito psicológico de culpa [que é] metodologicamente insustentável. E porque o conceito revisto de culpa oferece a possibilidade de desenvolver uma construção unificada da pirâmide conceitual jurídica, porque se permite ao conceito de culpa circunscrito aos seus limites metodologicamente corretos que o conhecimento da unidade do conceito de pessoa não venha a estar em conflito com um tratamento diferenciado da denominada [pessoa] jurídica e da denominada pessoa física, com respeito à imputação da culpa e do ilícito, também é inversamente permitida uma conclusão sobre a correção e adequação teleológica do conceito de culpa posto em questão. O formalismo desses resultados apenas será considerado violado quando falta o conhecimento da natureza necessariamente formal dos conceitos jurídicos gerais.

§4º O ilícito criminal do Estado

O postulado econômico-conceitual da unidade do conceito de pessoa encontra seu limite lógico no conceito da personalidade do Estado. O que a personalidade do Estado possui em comum com todas as personalidades jurídicas restantes é a condição de portadora de obrigações e direitos, [uma condição que foi] obtida graças ao ordenamento jurídico. Por si só as obrigações jurídicas da pessoa do Estado precisam corresponder em sua construção jurídica às exigências que surgem de modo lógico a partir do fato de que a vontade, a qual é o substrato da personalidade do Estado, precisa ser pensada como contendo ao mesmo tempo o ordenamento jurídico.



O que *Gierke* e os representantes da escola orgânica não percebem de modo algum é o fato de que entre a pessoa do Estado, cuja vontade não apenas está submetida ao direito como sujeito de obrigações e direitos, mas é, isto sim, ao mesmo tempo, portadora deste ordenamento jurídico, e as pessoas restantes, e não apenas as pessoas “jurídicas” dentre estas, existe uma diferença mental necessária e essencial, precisamente por conta desta relação dupla da vontade do Estado. Também a compreensão orgânica não pode abrir mão da representação de que o ordenamento jurídico, o qual ela submete ao Estado, contém a vontade deste mesmo Estado. E ela precisa levar em conta essa representação em sua construção. Por isso ela acaba vindo a contradizer seu próprio pressuposto, [tal como ocorre] quando *Gierke* declara: o ordenamento jurídico tão pouco poderia “impor” [algo] ao Estado, “[assim] como [ele faz com] o indivíduo, sem a possibilidade da violação [de tal imposição por parte do Estado], [tal como ele não poderia] garantir direitos sem a possibilidade do abuso [de poder]”.¹³ Pois a representação de que o Estado viola suas obrigações jurídica, ou seja, age também contra sua própria vontade, não pode ser levada a cabo, pois [ela] é plenamente ilógica. A construção de obrigações jurídicas, as quais não podem ser violadas por seu sujeito – e as obrigações do Estado precisam ser pensadas assim –, não encontra, em princípio, qualquer obstáculo lógico. E *Gierke* está plenamente errado quando ele declara [ser] contraditória a prática dos juízos imperiais alemães, pois ela de fato quer reconhecer a capacidade delitiva das pessoas jurídicas em geral, não porém aquela [capacidade delitiva] do Estado.¹⁴ Pois um tal tratamento diferenciado da pessoa do Estado corresponde à diferença essencial que a construção jurídica tem de levar em conta entre ela e as demais pessoas.

Gierke formula o princípio da imputação de hipóteses de incidência delitivas às pessoas jurídicas em geral da seguinte maneira: “Uma pessoa coletiva [Gesamtperson] pratica aquelas ações e omissões culpáveis que um órgão [que

¹³ Genossenschaftstheorie, p. 756.

¹⁴ Op. cit., p. 761, 762.



se encontra] conforme a constituição pratica *dentro de sua competência*”.¹⁵ Ainda precisa ser visto se essa forma de fato é executável, especialmente se o critério da imputação pode ser obtido a partir da competência do órgão, quando a imputação deve ser estendida às hipótese de incidência antijurídicas. É preciso que o construir uma competência ou procuração para o antijurídico ou até mesmo para o culpável esteja juridicamente excluído como um todo. Segundo postulados jurídicos gerais uma competência, assim como uma procuração (independentemente de a competência e a procuração serem compreendidas como figuras jurídicas idênticas ou distintas) com tais conteúdos, precisa ser observada como nula, i. e., como não estando juridicamente à disposição. Apenas quando o ordenamento jurídico *não* delimita a imputação de hipóteses de incidência estabelecidas dentro da competência ou da procuração à pessoa jurídica, o que de outro modo é possível, a imputação pode compreender também a antijuridicidade. Ai se encontra, que seja notado, o levar em conta a boa-fé e a preservação do princípio da segurança nas relações [jurídicas], [a saber] que o ordenamento não apenas permita que sejam válidas as ações e omissões da pessoa jurídica ou do procurado [que está sendo] representado e que foram estabelecidas pelos órgãos, ou [pelo] procurador dentro de sua competência ou procuração, mas também aquelas [ações e omissões] que se encontram fora da esfera da competência ou da procuração [em questão], caso elas exibam certos outros critérios independentes objetivos, relativos à relação interna entre a pessoa jurídica e o órgão, [entre] o representado que deu a procuração e o procurador; ocorreria deste modo, p. ex., caso o terceiro contratante pudesse supor que o órgão ou o procurador ainda estaria agindo dentro da esfera de sua procuração, independentemente de isto ter sido ou não o caso, tendo em vista a relação interna etc. O [comportamento] antijurídico e especialmente o comportamento delitivo sempre precisa ser visto como se encontrando fora da esfera juridicamente válida da competência ou da procuração, e aqui uma imputação apenas pode ser observada como possível na medida em que o ordenamento

¹⁵ Op. cit., p. 758.



jurídico, além disto, permite tal [imputação] que ultrapassa o mero princípio da procuração ou competência. Caso o comportamento antijurídico de um órgão da pessoa jurídica precise ser imputado tendo por base o ordenamento jurídico, então tal comportamento se encontra sempre e de modo conceitualmente necessário fora da competência do órgão, contudo o órgão também será visto “como tal”, i. e., como órgão, precisamente porque seu comportamento não será imputado a ele mesmo, mas sim à pessoa jurídica. Agora seria muito equivocado concluir [o seguinte]: a antijuridicidade tem de ser imputada à pessoa jurídica, porque ou na medida em que o órgão “como tal” agiu, pois precisamente o contrário precisa ser concluído: apenas porque e na medida em que também o comportamento antijurídico do órgão precisa ser imputado à pessoa jurídica [é que o órgão] terá agido “como tal” também com [respeito a] este seu comportamento antijurídico.¹⁶

O emprego do princípio de imputação de *Gierke* sobre a pessoa do Estado precisa ser plenamente rejeitado. Um órgão estatal que se comporta de modo antijurídico nunca pode ser observado “como tal” [como órgão estatal] ou como se encontrando dentro de sua competência. [Do ponto de vista] jurídico a competência de um órgão do Estado tem de ser reconhecida apenas como a soma de suas obrigações jurídicas e funcionais. Uma obrigação jurídica de violar obrigações jurídicas é impensável. Quando *Gierke* sustenta que a suposição de um comportamento antijurídico nunca pode se basear na competência de um órgão, [esta posição] se baseia em uma confusão dos conceitos do poder e do estar permitido [Könnens und Dürfens]¹⁷, então se tem que estabelecer que aqui a eventual antijuridicidade – [a fim de oferecer uma] diferenciação por princípio [sobre esta pessoa] em relação a todas as outras pessoas – não é objeto de um não estar permitido, mas sim, precisamente, de um não poder. A respeito de todos os sujeitos, somente não [a respeito do] Estado, vale [a norma conforme a qual] eles não devem praticar ilícitos, mas que eles ainda assim podem [praticar ilícitos].

¹⁶ *Gierke*, op. cit., p. 756.

¹⁷ Op. cit., p. 764.



Apenas o Estado não pode praticar qualquer ilícito, pois um ilícito estatal se encontra além do limite que a lógica jurídica estabelece ao pensamento jurídico; e os limites da lógica jurídica são idênticos com os limites do poder jurídico [rechtlichen Könnens].

Apesar disso, ao responder à questão sobre a capacidade delitiva *Gierke* posiciona o Estado como estando em geral no mesmo degrau que todas as outras pessoas, e ainda que ele declare o Estado, assim como todas as demais pessoas, como capazes de praticar delitos, ele não extrai a consequência [que consiste em] identificar [o Estado], assim como todas as outras pessoas físicas e jurídicas, no caso de um delito imputado, como puníveis. *Gierke* considera perfeitamente possível que o Estado cometa, por exemplo, um [ato classificado como] peculato; ele afirma de modo expresso que um funcionário do judiciário responsável por execuções que fugiu com o dinheiro apreendido tem de ser tratado como órgão do Estado, e que neste caso o Estado tem de ser responsabilizado por culpa própria frente ao credor lesado.¹⁸ Contudo ele é suficientemente inconsequente [a ponto de] abrir mão do último resultado de sua teoria, [o qual é] logicamente cogente. Ele afirma que seria impensável “que a entidade coletiva soberana [Gemeinwesen] se apresentasse frente ao seu próprio juízo criminal e demandasse e executasse uma punição sobre si mesma”.¹⁹ [O fato de] que a impossibilidade de ao menos um ilícito estatal criminal emerge diretamente da inexecutabilidade da representação de uma punição do Estado, [isto] *Gierke* ignora.

Outros representantes da teoria orgânica são mais consequentes do que seu fundador. Dessa maneira, partindo dos pressupostos da teoria orgânica *Haftner*²⁰ declara a capacidade delitiva do Estado como o dogma mais elevado. De nenhuma maneira vendo-se contido por escrúpulos lógicos ele também permite ao Estado praticar um delito, sob certas circunstâncias e através dos funcionários, [de tal modo] que “dentro de sua área de responsabilidade [o Estado] promulga

¹⁸ Op. cit., p. 763.

¹⁹ Op. cit., p. 772.

²⁰ Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände. Berlin, 1903.



um decreto de forma constitucional e legal, o qual é contrário aos postulados jurídicos gerais [e que] de fato satisfaz a hipótese de incidência de um crime”.²¹ Ele se ridiculariza e não o percebe, quando declara, possuindo apenas a intenção de limitar a esfera da capacidade delitiva estatal, porém acabando em verdade por destruir por completo a capacidade delitiva do Estado, que um delito do Estado apenas poderia ser pensado “quando a vontade do Estado viesse a ser expressa de modo direto na atuação do funcionário”.²² Que a vontade do Estado, a qual vem a ser expressa no ordenamento jurídico, naturalmente nunca pode ser direcionada a um delito, [isto] parece ser muito evidente, [a ponto de não] merecer ser levado em consideração. Contra isso *Hafter* argumenta de modo plenamente correto quando ele declara a punibilidade do Estado como em princípio permitida, concordando [assim] com outro defensor radical da teoria orgânica, a saber, *Mestre*²³. Ele considera punições pecuniárias exequíveis do ponto de vista prático. Que nesse caso a “punição” apenas consista em que o Estado, por assim dizer, retire o montante da punição de um saco e o coloque no outro, isto não parece ser para ele algo que envolva alguma reflexão séria. Ele considera a punição do Estado pelo distrito municipal em virtude de uma contravenção [algo] plenamente livre de objeções. Apenas por conta da curiosidade e apenas para mostrar como essa teoria se conduz ao absurdo retorna-se aqui ao caso que *Hafter* construiu de modo muito preciso. Um condutor de diligência [que trabalha] para o Estado conduz de forma contrária à [norma prevista na] contravenção distrital que por meio de [uma] punição [estabelecida] obriga o “conduzir com velocidade de pedestre”, [pois] ele conduz [a diligência] em velocidade acelerada através da localidade atingida pela obrigação [em questão], pois a instrução dada a ele pelo funcionário estatal superior [a ele] prescreve o conduzir rapidamente. *Hafter* decide: o Estado tem de ser punido pelo distrito municipal; mas isto não basta, também o pobre

²¹ Op. cit., p. 115.

²² Op. cit., p. 116.

²³ Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale. Paris 1899.



condutor da diligência precisa ser punido.²⁴ Que *Hafter* de fato considere possível que dentro de uma única região jurídica possam estar lado a lado duas normas jurídicas que se contradizem, isto é incompreensível. Contudo, ainda mais incompreensível é como ele [permite] que o distrito municipal, o qual apenas exerce o poder de punir como órgão do Estado, [puna,] ou seja, como ele permite que o Estado puna a si próprio! Mesmo quando uma prescrição jurídica positiva prescreve no caso em questão, em contrariedade ao seu propósito, alguma contribuição pecuniária de algum tesouro especial do Estado para o tesouro do distrito municipal, nunca e de modo algum se poderia observar em tal hipótese de incidência uma “punição”. Contudo o pobre condutor da diligência, aquele que se encontra entre duas normas jurídicas que se contradizem, viola uma obrigação sob quaisquer condições e independentemente do modo como ele se comporta, e por isto, quando segue a instrução que lhe foi dada ele [é punido pelo] distrito municipal, [e] quando segue o comando do distrito municipal ele é punido pelo seu superior, [de tal forma que] este [o condutor] não evita esta situação cômica. Porém, quando ele deve ser punido junto com Estado por conta da obrigação do distrito municipal, então isto significa que não apenas o Estado, mas também o condutor da diligência se mostra como sujeito da obrigação de direito penal estatuída pela obrigação do distrito municipal, o que se encontra em plena contradição com a suposição de que o órgão como tal, i. e., quando ele representa o Estado, não possui uma personalidade jurídica distinta daquela do Estado.²⁵

²⁴ Op. cit., p. 116.

²⁵ Mas tal excesso relativo à construção jurídica, a qual já por isto tem de ser duplamente destacada, pois ela pertence à consideração da teoria orgânica que se esforça contra a doutrina “construtiva”, também corresponde de modo pleno aos outros resultados do trabalho de *Hafter*; assim [como corresponde a este trabalho] quando ele declara ser possível tudo o “que torna uma associação, por exemplo, culpada de uma mutilação” (op. cit., p. 143). A amostra já basta. Certamente ela não tanto evidencia a possibilidade de uma violação [por parte] de associações de pessoas – e infelizmente também à associação de pessoas [denominada] Estado é preciso negar tal possibilidade –, mas muito mais a possibilidade do autor mutilar a ciência!



§ 5º O ilícito civil do Estado e a denominada execução contra o Estado

Não parece ser tão evidente a suposição de que o Estado também não pudesse praticar qualquer ilícito civil, pois a consequência jurídica civil da execução sobre o Estado parece ser passível de imposição. A representação de uma execução do Estado contra o Estado é bem difundida. Especialmente o judiciário se apropriou dessa terminologia, de tal forma, p. ex., na Áustria, onde as decisões da última instância declaram permitida uma execução do Estado contra o Estado.²⁶ Uma vez que nesses casos se trata apenas de uma construção jurídica, a qual não pode prescrever de modo vinculativo para a teoria nem a autoridade do legislador nem a do tribunal, é plenamente permitida uma investigação crítica e junto a ela um eventual remeter a caracterização decorrente como “execução contra o Estado” a alguma hipótese de incidência.

Quanto à questão da execução contra o Estado se deve distinguir claramente dois problemas: um [problema] material e um formal. Pode ser questionável, caso uma obrigação jurídica civil do Estado reste não satisfeita após a condução de um processo judicial e de uma condenação com força de lei [rechtskräftiger Verurteilung], se é permissível um processo coativo judicial por conta da não satisfação da obrigação jurídica do Estado estabelecida de forma autoritativa (através do juízo), um processo que exhibe a mesma forma externa que a execução análoga contra os submetidos [ao direito], condenados [com uma sentença] com força de lei. Essa questão precisa ser decidida pelo ordenamento jurídico e junto a ele pelo juízo. Diferente dessa questão material é um problema puramente formal, tal como [aquele] sobre como classificar juridicamente o processo análogo da execução civil contra os sujeitos de direito, quando o sujeito da obrigação jurídica civil que permaneceu insatisfeita é o Estado, um [sujeito] que é essencialmente diferente dos outros sujeitos jurídicos. Com outras palavras: [ocupa-se do problema sobre] se a denominada “execução contra o Estado”, apesar da coincidência com a execução habitual contra os sujeitos jurídicos

²⁶ Cf. a Samml. [coletânea] *Glaser-Ungersche* nr. 6716.



comuns, não consiste em uma figura jurídica a ser construída que é essencialmente diferente [das demais].

No que diz respeito em primeiro lugar à questão material cabe destacar o seguinte. Quando o Estado, em virtude do ordenamento jurídico positivo, pode se manifestar como sujeito de obrigações jurídicas e direitos civis, por si só de nenhum modo existe a necessidade de que quando ocorram disputas jurídicas com o Estado juízos, tenham que julgar [o Estado]. Conforme a jurisprudência, i. e., conforme a determinação autoritativa da questão sobre se uma obrigação jurídica afirmada de fato existe, também outros órgãos poderiam ser incumbidos [de tal questão].²⁷ Caso porém seja instituída a “permissão do uso da via jurídica” contra o Estado, [expressando] de forma mais correta, [caso seja instituída] em conformidade ao ordenamento jurídico a competência dos juízos para elaborar jurisprudência sobre disputas de direito civil com o Estado, então ainda assim de forma alguma existe um vínculo conceitual necessário para considerar permitido que a partir da decisão do juízo com força de lei, a qual estabelece de forma juridicamente vinculativa a obrigação jurídica do Estado até então não satisfeita, estabeleça-se que em caso de uma subsequente não satisfação é permitido um processo coativo judicial (a denominada execução contra o Estado). O ordenamento jurídico pode determinar tal [processo de execução], porém não precisa fazê-lo; ele poderia, p. ex., conferir o processo coativo a um órgão não judicial. A independência da “permissibilidade da via judicial” da denominada execução contra o Estado se tornará ainda mais clara quando do tratamento do lado formal do problema, quando então fica claro que de fato no processo civil, mas não no processo de execução do Estado como uma parte [processual], o juízo se encontra acima do Estado.

Caso em virtude do ordenamento jurídico positivo a questão material a respeito da permissibilidade de tal satisfação coativa do credor, a partir do

²⁷ Isso destacou *Pollak* corretamente em seu excelente escrito: *Exekution zivilgerichtlicher Befehle gegen den Staat. Grünhutsche Zeitschrift*, Bd. 30, p. 380 Entretanto, o escrito de *Pollak* se ocupa apenas com o lado material do problema.



patrimônio do Estado, seja respondida de forma afirmativa²⁸, então desta forma está dada a necessidade jurídica de uma hipótese de incidência, a qual apenas se apresenta como execução contra o Estado conforme a aparência externa e conforme a analogia superficial. E apenas quando não se entra em detalhes com relação a [alguma] característica específica dessa hipótese de incidência e a trata como igual à execução contra outros sujeitos de direito, torna-se então óbvio em tais casos a suposição de um ilícito estatal, talvez até mesmo se mostrando como a construção mais simples e confortável.

Por si só em favor do interesse da lógica jurídica precisa ser buscada uma saída através da qual será evitado um desfigurar irritante no sistema total do edifício mental jurídico – e todas as questões da construção jurídica são ao final apenas questões de economia do pensamento ou de estética do pensamento.

Que a partir de um ponto de vista que considera a meta do ordenamento jurídico e [a meta] estatal pareça algo sem sentido um ilícito do Estado, i. e., uma hipótese de incidência que ameaça a [ocorrência da] execução como consequência do ilícito, a qual seria imputável ao Estado, isto decorre de modo suficiente a partir do que até então foi dito em termos gerais a respeito do *ilícito* do Estado. O Estado quer, i. e., o ordenamento jurídico visa por meio da ameaça da execução tanto evitar o ilícito civil, quanto por meio da ameaça da pena [visa] a omissão

²⁸ P. ex., conforme o direito austríaco, com relação ao qual se deve concordar plenamente com os argumentos de *Pollak* (Op. cit., p. 371 ss.). *Pollak* trata em seu escrito não apenas da questão material, sobre se – empregando sua terminologia – comandos de prestação [Leistungsbefehle], os quais correspondem a direitos de reivindicar proteção jurídica e que possuem como tipo normal uma decisão [que determina uma] prestação, são judicialmente executáveis, pois além disto ele também investiga a capacidade executória judicial de outras determinações judiciais contra o Estado, assim como aos seus respectivos órgãos. Ele responde negativamente à última questão de modo preciso e por meio da indicação da independência recíproca constitucionalmente assegurada entre judiciário e administração, quando se está tratando de comandos de juízos a órgãos da administração. Uma vez que minhas observações tratam da questão do ilícito do Estado, trato no texto apenas da primeira das duas questões. Pois onde – tal como quanto à última [questão] – a possivelmente violada obrigação jurídica do Estado poderia vir a existir inicialmente através do comando do juízo, [lá] um ilícito do Estado não pode surgir previamente, caso este comando do juízo em virtude da constituição não crie qualquer obrigação jurídica. Porém, caso a relação fosse tal que por conta da ausência da independência da administração do judiciário o comando judicial com força jurídica estatuisse obrigações jurídicas aos órgãos da administração, então existiria por conta do não cumprimento desta um delito de desobediência do órgão administrativo, o qual, assim como o não cumprimento de algum outro comando funcional, é um ilícito do órgão, [mas] nunca ilícito do Estado.



do [ato] criminoso. Que a prevenção seja a meta principal no direito penal, [e] que também no direito civil a reconstituição do Estado de direito visado e perturbado pelo que pratica o ilícito se sobreponha [a outras metas], isto é irrelevante. O *ideal* jurídico no direito civil é o mesmo que no direito penal: não a aplicação da consequência do ilícito, mas sim precisamente que este seja evitado. Por meio do ordenamento jurídico civil deve-se proporcionar que o recebedor do empréstimo satisfaça sua dívida no momento correto, que o locatário pague seu aluguel, assim como por meio das normas de direito penal deve-se evitar que alguém furte, que alguém mate etc. Caso se denomine essa meta do direito de vontade do Estado, então o Estado não pode querer evitar no ordenamento jurídico o ilícito civil que ele próprio pratica no executivo. Mas mesmo quando se deixa de considerar essa meta – sempre questionável – material do ordenamento jurídico, ainda assim também não é possível observar como construtível, pensando em termos puramente formais, um ilícito civil do Estado. Que o Estado conclua algum negócio jurídico de direito civil por meio de um determinado órgão, isto apenas é possível na medida em que o Estado em geral e o órgão especificamente possua uma atribuição de poder por parte do ordenamento jurídico para a conclusão de tais negócios [jurídicos]. Caso se observe um negócio de compra e venda da administração militar, então é preciso pensar a proposição jurídica em questão da seguinte maneira: Eu, Estado, quero sob determinadas condições, por meio do determinado órgão, p. ex., comprar pisos para as casernas, i. e., não apenas possuir todos os direitos que o BGB [Bürgerliches Gesetzbuch, o Código Civil] permite para a compra, mas também satisfazer todas as obrigações que surgem da compra, p. ex., também pagar o montante estabelecido na compra. A vontade do Estado de satisfazer todas as obrigações oriundas dos negócios jurídicos por ele concluídos (através do Estado) [e] estatuídas no ordenamento jurídico precisa ser suposta na mesma norma que atribui ao Estado o poder para a conclusão de negócios jurídicos, i. e., [daqueles negócios jurídicos] que [o Estado] quer concluir. Pois certamente não é possível negar que as obrigações civis do Estado podem restar não satisfeitas. O



montante de xelins devido em virtude de alguma compra do ministério de guerra não será de fato pago. O credor inicia um processo judicial e do Estado provém uma decisão com força de lei [em favor do] pagamento. Contudo, o Estado, no caso em questão o tesouro estatal do ministério de guerra, se nega a pagar. E a partir daqui ocorre algo que parecer tal como uma execução contra o Estado: o juízo toma de maneira forçada do tesouro do ministério de guerra o valor objeto do processo e desta forma satisfaz o credor. Agora a questão é como toda essa hipótese de incidência deve ser juridicamente qualificada. A possibilidade de considerar aqui o ilícito do Estado e a execução contra o Estado conforme a analogia das relações dos sujeitos usuais de direito encontra-se à disposição; por si só esta analogia deixa de observar a diferença essencial que existe entre o sujeito de direito Estado e todos os demais sujeitos de direito, e viola os princípios fundamentais de toda lógica jurídica, pois ela conduz a uma contradição insolúvel entre a vontade do Estado no ordenamento jurídico, apenas pensável de forma unificada, e [a vontade do Estado] na [esfera da] administração. Por isso ela [a analogia] deve ser rejeitada. Uma análise breve conduz ao resultado correto, o qual talvez não seja tão simples quanto aquele rejeitado, contudo que desfruta da vantagem de ser lógico-juridicamente sustentável.

Caso seja afirmada ao lado de um sujeito de direito uma obrigação jurídica civil do Estado, a qual permanece não satisfeita, então um duplo [sujeito] é possível. O órgão estatal competente para a satisfação dessa obrigação estatal atribui ao patrimônio a obrigação jurídica afirmada, porém nega sua realização. Esse caso, na prática quase impensável, significa claramente a violação da obrigação do órgão, cuja obrigação funcional é satisfazer as obrigações estatais que se encontram em sua esfera de atuação. Caso se queira através da não satisfação da obrigação estatal criada atribuir ao Estado uma hipótese de incidência do ilícito, [então] é preciso identificar com o Estado o órgão que claramente se comporta em contrariedade à obrigação, ou, de forma mais correta, a pessoa que viola a obrigação do órgão; que isto [de fato] não ocorre, a este respeito se retornará posteriormente. Caso, porém, o órgão competente coloque



em questão a obrigação jurídica civil do Estado afirmada pela parte – o que na prática é a única coisa a ser levada em conta no caso em questão –, então a questão discutida, sobre se existe a obrigação jurídica do Estado, será decidida por meio do juízo estatal – ou seja, por meio de outro órgão do Estado – de forma autoritativa. Contudo, caso isso ocorra e a questionada obrigação jurídica civil do Estado seja respondida com força de lei por parte do juízo, então também está fixada de forma indubitável a obrigação funcional do órgão que representa o Estado na disputa jurídica para satisfazer a obrigação estatal afirmada pela parte [no processo]. Caso o órgão competente se negue a pagar, apesar de uma decisão judicial com força jurídica²⁹, então ocorre aquilo que caso não se tratasse do próprio Estado, mas sim de outro sujeito jurídico frente à parte [processual], possuiria o caráter de uma execução. Se o juízo também toma do tesouro do ministério de guerra o valor [estabelecido] na decisão e satisfaz o credor, então simplesmente [ocorre que] o Estado satisfaz sua obrigação jurídica – *apenas* por meio de um órgão distinto daquele originalmente competente e que se nega [a tal] em contrariedade ao direito [existente]. Essa hipótese de incidência se distingue essencialmente da execução do Estado contra um [sujeito] submetido, pois não estão frente um ao outro dois indivíduos diferentes, [pois] a operação em questão se desenvolve dentro da esfera do mesmo sujeito. Caso o Estado, quando da execução no próprio e único sentido acurado [do termo], satisfaça a obrigação jurídica de outro sujeito, desta forma ele satisfaz sua *própria* obrigação

²⁹ Em termos gerais é preciso ser observado como uma exceção rara que um órgão estatal seja tão capaz de esquecer obrigações, [tais como] a obrigação estatal legal estabelecida na sua competência para realizá-la, que apesar de sua determinação com força de direito por meio do juízo competente para tal, a deixe insatisfeita, a ponto de [então] justificar um processo coativo judicial. Por isso não é improvável que o legislador não pense em um tal caso excepcional e que o ordenamento jurídico por isto de forma alguma preveja um processo coativo judicial “contra o Estado”, tal como se afirma de forma imprecisa. Isso afirmava – porém sem sucesso – a procuradoria das finanças em todo recurso que então conduzia à decisão acima citada do juízo de última instância. Ela [a procuradoria] afirmava: “A execução [...] não é empregável contra o Estado como devedor, pois ao estabelecer este meio coativo o legislador não poderia pressupor e não pressupôs que um *Estado* bem organizado não iria respeitar a decisão do próprio juízo e iria se negar a satisfazer esta [decisão].” Sim, o *Estado* não pode fazer nada, senão respeitar suas próprias decisões, porém seus *órgãos* são precisamente seres humanos que podem fazer algo diferente, porém não *devem*. Somente ocorre então que eles não mais representam o Estado. Cf., a esse respeito, mais abaixo, as considerações sobre a personalidade do Estado e dos órgãos [estatais].



jurídica. E enquanto a essência da execução propriamente dita é exercer uma coação contra o sujeito da obrigação a ser satisfeita por meio da execução, *em verdade a coação* que o juízo da execução realiza no caso da equivocadamente denominada execução contra o Estado *se orienta contra o órgão que se comportou em contrariedade à obrigação*; caso se trate de uma prestação em dinheiro, [a execução se orienta] contra o tesouro estatal especial, respectivamente contra o órgão responsável, o qual se negou a realizar o pagamento obrigado. Portanto, enquanto no processo, até o momento da decisão com força de lei, o *Estado* se encontra acima do juízo, pois o Estado como agência estatal e o Estado como parte [processual] até este momento não possuem vontades divergentes – primeiramente, pois, será determinado se existe a obrigação jurídica em questão –, no processo coativo o sujeito não é mais a pessoa do Estado, mas sim o órgão que se recusa [a agir, estando assim] em contrariedade ao direito, contra o qual o poder estatal se orienta e que nesta relação não mais representa o Estado.³⁰ Seria uma representação absurda pensar que esse Estado que executa a si mesmo exerceria coação sobre si mesmo! Caso se considere possível a execução contra o Estado, então é preciso identificar na pessoa do Estado unificada em sua vontade tanto o órgão judicial que conduz a execução, como também o pseudo-órgão que se nega a pagar, possivelmente [pagando] apenas por meio da força bruta por parte do órgão executivo controlado. Isso o faz quem quer; quem, porém, se apoia em um sistema lógico de conceitos jurídicos, este irá deixar de lado essa construção da “execução contra o Estado” que se baseia na analogia externa e ignora as diferenças profundas. E por fim cabe refletir também a respeito do seguinte: o que a representação de uma “execução contra o Estado” parece apoiar é claramente a suposição de que esta consequência do ilícito – diferentemente da pena – seja física e juridicamente empregável sobre a pessoa jurídica do Estado,

³⁰ Quando *Pollak* afirma (Op. cit., p. 388): “Não é o tesouro que é condenado a pagar, mas sim o Estado, não aquela, mas sim esta parte processual”, deve-se concordar plenamente com ele; não mais, porém, quando ele continua: “não aquele [o tesouro], mas sim este será executado”. Apenas quando se inverte a relação, tal como ocorre no texto [de *Pollak*], depara-se então com a representação logicamente impossível do Estado que se coage, [com a representação] da identificação não justificável juridicamente do Estado com o órgão que se comporta em contrariedade ao direito.



pois o Estado de fato possui um patrimônio que pode ser executado. Partindo-se apenas desse ponto de vista também uma *pena pecuniária* seria aplicável contra o Estado, e o Estado também seria imputável por um [ilícito] criminal, assim como por um ilícito civil. E se a única regra de imputação sustentável, a proposição jurídica, for abandonada, então não se consegue ver por qual motivo o Estado também não possa ser punido com a pessoa de seu órgão delinquente também com uma pena restritiva de liberdade. Porém se trata apenas de decisões que *imputam*; assim como a pena também o ser punido poderia ser imputado; e quando se imputa ao Estado o ilícito, então por uma exigência de justiça também é imputável a ele a pena. Uma coisa não é mais absurda do que a outra, pois [ambas] provém do mesmo fundamento que contraria o sentido: uma imputação que não ocorre tendo por base a proposição jurídica.

As raízes do problema do ilícito do Estado atingem de forma profunda a relação entre a personalidade do Estado e [a personalidade] do órgão.

§ 6º Personalidade estatal e personalidade do órgão, ilícito do Estado e ilícito do órgão

Os órgãos do Estado, através dos quais a pessoa jurídica do Estado age, apenas representam o Estado na medida em que eles realizam a sua vontade, [na medida em que correspondem] ao Estado expresso no ordenamento jurídico como sua vontade psíquica. No [caso do] órgão estatal que procede contra ou *sem* a vontade do Estado não se trata mais do Estado, pois ao Estado não pode ser imputado o que ocorre contra ou sem a vontade do Estado. Por isso nunca pode ser a pessoa do Estado quem no caso concreto viola a obrigação jurídica [da pessoa do Estado], mas sim sempre apenas o órgão estatal físico, o qual, violando sua obrigação funcional de realizar a vontade do Estado, deixa esta não satisfeita ou age contra ela. Encontra-se aqui não o ilícito do Estado, mas sim o ilícito do órgão do Estado! Em sua essência a relação entre a pessoa do Estado e o órgão não é distinta daquela [existente] entre o representante e o representado; aqui a base é uma procuração, lá a lei, o ordenamento jurídico. O órgão que se comporta



em contrariedade ao direito se assemelha em grande medida, com respeito ao ponto essencial, ao representante que [conforme a] imputação atua sem ou contra o previsto na procuração. A falta de clareza e a indeterminação da doutrina predominante quanto à questão do ilícito do Estado não é em nenhuma medida provocada por meio de sua compreensão equivocada sobre a entidade em forma de órgão, a qual se acredita estar sendo posta em oposição à representação. Porque não se observa a entidade em forma de órgão, na comparação com a representação, como uma relação entre *dois* sujeitos de direito, mas sim se negou uma subjetividade jurídica autônoma ou uma personalidade do órgão e se *identificou*, foi-se conduzido à necessidade de imputar à pessoa do Estado não apenas o comportamento em conformidade ao direito, mas também aquele em contrariedade ao direito, [foi-se conduzido à necessidade] de transferir o ilícito da pessoa do órgão para o Estado. Pois se acreditava que não era permitido reconhecer uma pessoa do órgão e é precisamente na imputação de uma hipótese de incidência ilícita que a personalidade jurídica do sujeito – com exceção daquela do Estado – vem a se manifestar. A ausência de uma personalidade do órgão se torna perceptível por meio da suposição de um ilícito do órgão específico que não é ilícito do Estado. Por si só a suposição de uma personalidade jurídica do órgão distinta da personalidade jurídica do Estado é inevitável, pois existem obrigações de órgãos que são distintas das obrigações do Estado. A proposição jurídica que expressa a vontade do Estado com relação a uma determinada ação, p. ex., para uma punição determinada, estatui tanto uma obrigação jurídica do Estado de punir, como uma obrigação jurídica dos submetidos de evitarem a punição, mas de nenhuma forma a obrigação jurídica de algum órgão estatal determinado de realizar a vontade punitiva do Estado. Uma vez que o órgão do Estado é – por assim dizer – apenas uma pessoa, ele não pode ser responsabilizado juridicamente de outra forma, do que daquela como as outras pessoas o são, a saber, por meio de uma proposição jurídica que estabelece uma consequência do ilícito para o comportamento em contrariedade à obrigação. Que um órgão do Estado e qual órgão do Estado seja juridicamente



obrigado à realização de uma determinada vontade do Estado, isto será estatuído através da proposição jurídica disciplinar. A proposição jurídica do furto, o juízo hipotético que vincula o furto à vontade punitiva estatal, estabelece a obrigação jurídica do Estado de punir o furto, [assim como] a obrigação jurídica dos submetidos de se absterem de praticar o furto; porém, sobre se um juiz e qual juiz tem de impor a pena, ela não determina nada. A obrigação orgânica [relativa ao órgão] ou funcional do juiz será estatuída através da proposição jurídica disciplinar, a qual é extraída das prescrições de competência e organização precedentes condicionadas e que expressam a consequência disciplinar do ilícito em seu consequente. Essa proposição jurídica disciplinar será violada caso um órgão deixe de realizar a vontade do Estado da forma apropriada. E já por conta dessa obrigação do órgão estatuída através de uma proposição jurídica especial da obrigação jurídica do Estado é necessária uma personalidade jurídica do órgão do Estado como sujeito de obrigações jurídicas. E frente a essa proposição jurídica disciplinar é possível um ilícito no verdadeiro sentido da palavra, um *autêntico* ilícito, por conta da não realização ou da realização inadequada de uma vontade do Estado concreta, isto é, uma hipótese de incidência, a respeito da qual o ordenamento jurídico reage com uma consequência do ilícito – a punição disciplinar. Esse ilícito consiste na violação da proposição jurídica disciplinar, da obrigação do órgão, e, portanto, é um ilícito do órgão do Estado e não da pessoa do Estado. O problema do ilícito do Estado se encontra intimamente vinculado ao problema tão debatido na literatura da personalidade do órgão.

Não preciso continuar tratando aqui dessa última questão. Apenas gostaria de observar entre parêntesis que a oposição entre organização [Organschaft – organização entendida como estruturação composta por órgãos] e representação, a [oposição] sob a qual a disputa sobre a personalidade do órgão se encontra, dissolve-se por si só quando se reconhece em ambas as relações o problema jurídico da imputação. A diferença sempre afirmada entre a



organização e a representação desaparece assim que se explicita a relação de imputação que é juridicamente essencial e comum a ambas.³¹

A diferença entre a personalidade do Estado e aquela de seus órgãos, e [da mesma forma] a profunda diferenciação que se encontra no fundamento desta separação da relação do órgão, por um lado frente à proposição jurídica a ser realizada por ele e à vontade do Estado nela afirmada –, por outro lado frente à proposição jurídica disciplinar obrigatória para esta atividade orgânica específica –, esta diferenciação por princípio dissolve a contradição que parece existir, conforme a qual a pessoa do Estado não pode agir de forma ilícita ou em contrariedade a uma obrigação, ao mesmo tempo em que de fato obrigações do Estado permanecem não satisfeitas, que também o oposto do que ocorre pode ser o que é a vontade e a obrigação do Estado. Pois aqui a construção desenvolvida torna possível compreender uma tal hipótese de incidência do ilícito, cuja ocorrência fática naturalmente não pode ser negada, como uma antijuridicidade do órgão do Estado, o qual, por meio da violação de sua obrigação como órgão, deixou de realizar a vontade do Estado, tal como ele estabeleceu está [vontade] através da proposição jurídica disciplinar para a efetivação de sua competência.

³¹ Quanto ao problema da personalidade do órgão, cf. meu Hauptprobleme, p. 514 ss.



3. O ato estatal eivado de falha

§ 7º Conceito do ato estatal eivado de falha e classificação das deficiências [Mängel]

Caso se esteja falando de ilícito do Estado, então na maior parte dos casos não se pretende referir apenas uma hipótese de incidência civil ou criminal do ilícito (no sentido de uma hipótese de incidência vinculada a uma consequência do ilícito) a ser imputada ao Estado; muito frequentemente faz-se uso do termo em questão a fim de indicar certos casos de *atos estatais eivados de falhas* [*fehlerhaften Staatsakten*]. Dessa forma se coloca do ponto de vista do problema do ilícito do Estado a questão sobre a relação do ilícito do Estado com o denominado ato estatal eivado de falha, ou a questão sobre a essência do ato estatal com falha.

Os pressupostos e efeitos de um ato estatal eivado de falha foram recentemente investigados de forma profunda a partir de várias perspectivas.³²

Deve-se compreender como um ato estatal eivado de falha aquele [ato] que não corresponde em algum ponto àquelas exigências estabelecidas por parte do ordenamento jurídico. Se o ordenamento jurídico apenas se manifesta na forma da lei ou também na [forma] de decretos delegados³³, se ele [o ordenamento jurídico] diz respeito apenas ao direito posto ou também ao direito consuetudinário, isto é irrelevante para o conceito da falibilidade [*Fehlerhaftigkeit*]. Caso se denomine a existência de deficiências [*Mangelhaftigkeit*] de um ato estatal como “contraria à lei”³⁴, então de qualquer forma aqui o conceito de lei apenas pode ser compreendido no sentido material de proposição jurídica. Caso também a contrariedade à meta ao lado da contrariedade à lei seja diferenciada [e tratada] como uma deficiência

³² *Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt. Tübingen, J. C. B. Mohr 1908, e Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.*

³³ Sobre o fato de que também no último caso a lei é a forma da proposição jurídica, cf. meu *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 537 ss.

³⁴ *Kormann, op. cit.*, p. 204.



juridicamente relevante com respeito aos atos do Estado³⁵, então isto apenas pode ser aceito na medida em que as metas, as quais o ato estatal viola, estão fixadas – ainda que não de maneira expressa – no ordenamento jurídico de forma indubitável. Pois exclusivamente por meio do ordenamento jurídico o ato estatal é determinado ou, com outras palavras, o julgamento *jurídico* de um ato estatal obtém seus fundamentos cognitivos exclusivamente a partir do ordenamento jurídico. Dessa maneira também a contrariedade à meta juridicamente relevante é apenas um caso especial da contrariedade ao ordenamento jurídico.³⁶

Uma vez que um ato estatal que não corresponde ao ordenamento jurídico, estritamente falando, não é um ato do Estado – qualquer comportamento humano apenas pode ser imputado ao Estado quando ele corresponde às condições estabelecidas pelo ordenamento jurídico para este ato –, a expressão “ato estatal eivado de falha” parece ser uma contradição em si mesma, tal como o conceito da “lei ainda não sancionada” ou outras [expressões] semelhantes. Um ato estatal eivado de falha é algo que um ato estatal afirma ser ou será tratado [como sendo dele], mas ainda assim não é de forma alguma um ato estatal. Existem sempre deficiências que não retiram em princípio do ato estatal seu caráter [de ato do Estado]. Existem deficiências que de forma alguma envolvem a nulidade do ato estatal; quanto a estes [atos] a denominação ato estatal “eivado de falha” é justificada. As possíveis deficiências de um ato estatal são, portanto, de naturezas diferentes.

É possível dividir as deficiências possíveis de um ato estatal conforme vários pontos de vista. Inicialmente com relação a seu conteúdo. Quando se leva em conta que a capacidade de possuir falhas de um ato estatal consiste na diferença entre a conduta que surge com a reivindicação de ser um ato do Estado e a proposição jurídica, a qual, tal como qualquer proposição jurídica, determina tal como um julgamento hipotético os pressupostos e o conteúdo do ato estatal,

³⁵ *Kormann* afirma na op. cit., p. 204, que a falta de falha compreenderia tanto a conformidade à lei quanto à meta.

³⁶ De forma precisa *Walter Jellinek* constata que as exigências do ato estatal livre de falhas dizem respeito “todas [elas] aos comandos do ordenamento jurídico”. Op. cit., p. 44.



então todas as possíveis deficiências se dividem em princípio em dois grupos naturais. Elas podem dizer respeito seja aos pressupostos exigidos na proposição jurídica, ou ao conteúdo do ato estatal estatuído pelo ordenamento jurídico. Pertencem ao primeiro grupo, por exemplo, os seguintes casos: um inocente será condenado a uma pena de prisão por conta de um furto; um [indivíduo] não condenado será enforcado; alguém será preso sem que exista um comando judicial [neste sentido]; alguém com antecedentes receberá uma permissão para vender bebidas alcoólicas, alguém que não realizou as provas exigidas receberá uma permissão para trabalhar como farmacêutico. Uma vez que a qualificação do órgão, as prescrições sobre o procedimento etc., poderiam da mesma forma contar como pressupostos do ato estatal – não precisam, o limite é arbitrário! –, por isto também os seguintes casos são pertinentes aqui: uma agência sem competência tanto material quanto local pratica um ato estatal; a forma prescrita pelo ordenamento estatal, conforme a qual o ato estatal deve ser promulgado, não será observada, e assim por diante. Pertencem ao segundo grupo aquelas deficiências que dizem respeito ao próprio conteúdo do ato estatal. Os pressupostos exigidos pela lei estão de fato dados, mas o órgão estabelece um comportamento diferente daquele estatuído pela proposição jurídica: p. ex., o juiz impõe uma pena corporal a alguém que furtou; uma permissão ferroviária será concedida por um período de tempo superior àquele estabelecido pelos limites legais, e assim por diante.

Diferente dessa divisão é aquela das deficiências formais e materiais. Como deficiências materiais precisam ser compreendidas todas as deficiências que se relacionam ao conteúdo do ato estatal. Pertencem às deficiências formais aquelas que se relacionam aos pressupostos que dizem respeito à qualificação do órgão (propriedades pessoais, nacionalidade, determinada idade, sexo etc.), à composição das agências [estatais], à competência local, material e temporal e à espécie de procedimento (incluído aqui também a “forma” do ato estatal em sentido estrito). Todos os demais pressupostos do ato estatal, p. ex., a hipótese de incidência do ilícito quando da imposição de uma consequência jurídica do ilícito



(pena ou execução), a petição das partes nestes [procedimentos], os quais apenas podem ser emitidos em virtude de petição das partes, a qualificação das partes, qual ato estatal vale do ponto de vista da matéria, p. ex., a comprovação da capacidade quando da concessão de uma autorização de comércio para atividades comerciais de manufatura, etc., têm de ser compreendidos como [pressupostos] materiais. Além disso, cabe destacar que a oposição entre deficiências formais e materiais, assim como a oposição entre forma e conteúdo, de modo algum é absoluta, mas sim relativa, e, portanto, nunca pode ser determinada de modo muito claro. O limite entre qualidades formais e materiais nunca será traçado de tal forma que não pudesse surgir em certos casos limites dúvida e disputa. Isso precisa ser destacado aqui, pois a divisão das deficiências do ato estatal em formal e material desempenha certo papel tanto no legislar como na teoria, na medida em que será concedida uma posição especial para as deficiências materiais. Da mesma maneira, observando os requisitos do ato estatal livre de deficiências *Walter Jellinek* sistematiza as possíveis deficiências de um ato estatal. Ele diferencia quatro grupos de prescrições: 1º direitos pessoais, 2º o que diz respeito ao “direito dos objetos”, 3º as normas que dizem respeito à forma e 4º os requisitos da “correção quanto à matéria”. Esse sistema não é muito claro, pois os limites das quatro categorias estabelecidas por *Walter Jellinek* não se mostram identificáveis de forma clara. Parecem-me especialmente problemáticos o segundo e o quarto grupo. Quais prescrições *Walter Jellinek* reúne sob [o grupo] “direito dos objetos”? Com essa terminologia ele faz uso de uma analogia com o direito privado na qual normas de direitos pessoais e das coisas serão distinguidas. Por si só uma comparação da “coisa” com o “objeto” da atividade estatal parece em certa medida arriscada. *Walter Jellinek* afirma: “Aos órgãos estatais não é permitido orientar sua atividade a coisas que nunca poderiam ser objeto do poder estatal.”³⁷ Como exemplo ele apresenta a condenação de uma criança de onze anos a uma pena pública ou a celebração de um matrimônio entre duas mulheres conduzida por um funcionário do Estado. *Walter Jellinek* compara

³⁷ Op. cit., p. 27 ss.



em tais casos os “objetos” da atividade estatal com “res extra commercium no sentido [do direito] público”. Conforme nossa terminologia, em ambos os casos existiria uma deficiência com respeito aos pressupostos do ato estatal e em essência não é possível ver por qual motivo esta deficiência deveria ser essencialmente distinta da condenação de um inocente por furto, onde também é apenas uma deficiência da hipótese de incidência pressuposta pelo ordenamento jurídico o que permite ao ato estatal se mostrar defeituoso. Porém o último caso será categorizado por *Jellinek* em um grupo bem diferente. *Walter Jellinek* considera também as prescrições sobre o “objeto” da atividade estatal como [uma espécie de] exigência relativa à competência quanto à matéria. Contudo de forma alguma é possível observar por qual motivo o comando direcionado ao órgão para permanecer em sua competência material e local deve possuir caráter de direito das coisas, na medida em que a prescrição de não atuar senão em sua propriedade deve possuir caráter de direito da personalidade. Quando um conselho judicial estadual [Landgerichtsrat] elabora uma decisão [que compete ao] tribunal local ou quando ele decide um caso que pertence à circunscrição de outro Estado, isto não é diferente em essência com relação à questão da competência! Ainda assim, conforme *Jellinek* o primeiro caso pertence ao grupo dos direitos da personalidade, [ao passo que] o segundo [pertence ao grupo] das deficiências de direito das coisas.³⁸

Walter Jellinek compreende com o conceito de “objeto” da atividade estatal também o “conteúdo” [desta atividade].³⁹ Caso com isso se queira dizer algo diferente do que aquela parte que não pertence aos pressupostos do ato estatal – e *Walter Jellinek* traça os limites para o conteúdo do ato estatal muito além [deste ponto], tal como emerge a partir dos exemplos acima –, [então] a denominação “objeto do ato estatal” perde qualquer significado distintivo. Especialmente quando *Walter Jellinek* fala de um conteúdo “impossível”. Pois “impossível” no sentido lógico jurídico específico de um “não poder”, em oposição ao mero estar

³⁸ Op. cit., p. 27 ss.

³⁹ Op. cit., p. 35.



proibido, no sentido de um não ser permitido, é de fato qualquer ato estatal eivado de falha que é nulo. O conteúdo de um negócio jurídico é então juridicamente impossível quando este não pode gerar qualquer consequência jurídica, pois ele não corresponde às condições exigidas no ordenamento jurídico. Um contrato de prostituição é juridicamente impossível, porém também [o é] uma venda de um terreno por parte de uma criança de cinco anos, assim como um casamento entre cristãos e não cristãos conforme o código civil austríaco. Deixando de lado [o fato de] que a oposição entre não poder (impossibilidade jurídica) e não ser permitido (proibição jurídica) não existe quanto a atos estatais, pois, tal como apontado em outro local, um ilícito estatal no sentido de um não ser permitido é ilógico, é simplesmente impossível realizar a distinção dentro do ato estatal nulo entre o [ato estatal] “impossível” e [o ato estatal] com um conteúdo impossível, pois toda falha, quando ela gera a nulidade, torna o ato estatal algo juridicamente impossível. Isso pode ser afirmado especialmente contra *Kormann*, que ao lado de uma “nulidade por conta da impossibilidade” também diferencia uma nulidade por deficiência formal, por deficiência quanto à vontade e por fim também uma “nulidade por conta de deficiência quanto ao conteúdo”.⁴⁰ Um ato estatal que é nulo por conta de uma deficiência quanto à idade [mínima] determinada é tão “impossível” juridicamente quanto a condenação nula de uma criança a uma pena pública ou a execução de uma pena corporal não prevista em lei. Conforme *Kormann*, no primeiro caso existe uma nulidade por deficiência da vontade, e apenas no segundo e no terceiro nulidade por conta da “impossibilidade”.⁴¹

Também são completamente não claros os limites da quarta categoria de normas que *Walter Jellinek* apresenta para as possíveis deficiências de um ato estatal. Ele afirma: “A capacidade do sujeito, a capacidade do objeto, a capacidade da forma, tudo isto não cria uma manifestação de poder estatal livre de falhas; a capacidade das agências públicas precisa ser justificada em

⁴⁰ Op. cit., p. 232 ss.

⁴¹ Op. cit., p. 234 ss.



conformidade com seus conteúdos.”⁴² Essas normas que dizem respeito ao “conteúdo” do ato estatal ele também denomina como a exigência da “correção quanto à matéria”.⁴³ Pois agora se irá em vão buscar uma resposta de alguma forma mais precisa quanto ao que deve ser visto de fato, ao lado do sujeito, *objeto* e forma de um ato estatal, como seu “conteúdo” ou “matéria”, como seu objeto, especialmente, pois o próprio *Walter Jellinek* se utilizou destes termos na segunda categoria apresentada por ele. Já lá ele falava do “conteúdo” impossível de um ato estatal, o “objeto” do mesmo, ou a “coisa”, ele falou de normas de direito material em oposição a [normas de] direito pessoal, de tal forma que sua terminologia precisa ser rejeitada [por ser] no mínimo inconsequente e obscura. Também é como um todo impossível estabelecer o que ele compreende como “conteúdo” do ato estatal no sentido de sua quarta categoria. Se ele diferencia as possíveis deficiências nesse grupo em falhas do pensamento (equivocos) e falhas do querer, então não se compreende porque precisamente aqui apenas o equivoco e a falha no querer deveriam ser possíveis. Por que um órgão não deveria [poder] se *equivocar* sobre sua competência, [por que ele] não poderia *querer* violar a forma, ainda que ele conhecesse a forma correta. As observações de *Jellinek* forçam ao menos a suposição indireta de que o ato estatal querido de modo incorreto e pensado de modo incorreto deveriam esgotar o conceito do ato estatal *materialmente* incorreto!⁴⁴ A partir de exemplos que *Walter Jellinek* traz para postular a correção material dos atos estatais me parece muito mais necessário destacar que com estes [exemplos] ele visa aquilo que seria aqui caracterizado como as exigências materiais, em oposição às [exigências] formais. Dessa forma ele cita como *materialmente incorreta* a condenação de um inocente por furto.⁴⁵ Mas então não é compreensível por que também a condenação de uma criança, por que também a execução de uma pena corporal não são *materialmente* incorretas. *Walter Jellinek* considera a condenação do inocente entre os atos

⁴² Op. cit., p. 39.

⁴³ Op. cit., p. 39.

⁴⁴ Op. cit., p. 111.

⁴⁵ Op. cit., p. 105.



estatais equivocados. O órgão que considerou presente a hipótese de incidência do furto se *equivocou*. Mas também não se *equivoca* o juiz que acredita dever impor uma pena pecuniária, quando a lei prevê uma pena restritiva de liberdade? Se a falha mental (mais corretamente, do conhecimento) diz respeito à hipótese de incidência objetiva ou ao conteúdo da lei, se ela é uma falha quanto aos fatos ou [quanto] ao direito, isto permanece irrelevante para esta questão! Entre os casos de ato estatal incorreto por conta de uma vontade eivada de falha *Walter Jellinek* apresenta ao lado do ato criminoso (p. ex., penhor ou prisão em contrariedade com o que é sabido como correto por parte do órgão) o comando criminoso. E aqui ele realiza uma distinção, por meio da qual sua terminologia inconsequente se manifesta de forma clara. Ele afirma: “Um comando pode ser orientado já por conta de seu *conteúdo* a uma meta não permitida”. Aqui se pode pensar, por exemplo, no comando funcional que possui como conteúdo ou objeto um furto, e se poderia pensar como tendo encontrado um exemplo clássico para a quarta categoria de falha de *Jellinek*, um ato estatal, o qual – tal como *Jellinek* caracteriza literalmente esta categoria – “conforme seu conteúdo”⁴⁶ não está justificado. Por si só [isso é] muito errado! Esse comando é declarado nulo por *Jellinek* “tendo em conta os preceitos fundamentais gerais, por conta da *impossibilidade do objeto*”, portanto, ele o classifica no segundo grupo de falhas! Conforme *Jellinek*, por conta de incorreção material um comando tem de ser visto como eivado de falha inicialmente quando ele for emitido com uma forma não danosa, mas que ainda assim busca um propósito criminoso: “O sargento da polícia orienta seus subordinados a prenderem um homem, ainda que não exista qualquer fundamento para uma prisão”.⁴⁷ Essas amostras devem bastar para evidenciar que o sistema de *Jellinek* do ato estatal eivado de falha não se sustenta quando sujeito a uma verificação mais detalhada.

⁴⁶ Op. cit., p. 39.

⁴⁷ Op. cit., p. 113.



§ 8º O ato estatal nulo e o [ato estatal] anulável

Muito mais importante do que uma divisão das deficiências tendo em vista seus conteúdos é aquela tendo em vista seus efeitos. A partir desse ponto de vista é preciso em primeiro lugar reunir todas as deficiências que causam a nulidade do ato estatal afetado. Tal espécie de ato estatal *nulo* é [do ponto de vista] lógico-jurídico um não-ato estatal. Tal atividade, a qual surge com a pretensão de valer como ato estatal, pode ter por todos negada a imputação ao Estado; ela não pode de forma alguma produzir os efeitos jurídicos vinculados pelo ordenamento jurídico ao ato estatal, e para a determinação desta nulidade não é necessário um procedimento estatal: a questão sobre se a nulidade está presente ou não é uma questão da lógica jurídica, ela será decidida pelo intelecto de cada *indivíduo* que julga, contudo não *com* [a natureza dotada de] *autoridade* [que se faz presente na decisão] *por parte do Estado*.

Em oposição a essas deficiências se encontra toda aquela que de forma nenhuma gera a nulidade do ato estatal afetado por elas. Independentemente de qualquer outro efeito que elas causem, elas se diferenciam, deixando de lado o momento negativo (relativo ao efeito) das deficiências do primeiro grupo, pois para sua determinação é necessário um ato estatal. Enquanto o Estado não determinar de forma autoritativa a deficiência alegada ou afirmada, o ato tratado por alguém como eivado de falha precisa ser observado e respeitado como [se fosse um] *ato estatal*. Enquanto a falha afirmada não for estabelecida por parte do Estado, o ato estatal possui todos os efeitos previstos pelo ordenamento jurídico, tal como [ocorre com] um [ato estatal] sem falhas. A questão sobre se tal falha do ato é ou não inerente a ele não é de forma alguma meramente lógico-jurídica; ela não será decidida pela autoridade da razão individual, mas sim pela [razão] do Estado. De fato não está de modo algum excluído que também o conjunto de deficiências [que geram a] nulidade possa ser investigado e determinado pela instância estatal. Por si só tal procedimento é apenas possível, não necessário. O ato estatal também seria nulo sem esse [procedimento], o submetido não precisa



esperar por tal procedimento; ele pode arriscar e ignorar uma atividade que se apresenta como ato estatal e que conforme sua perspectiva está afligida com uma deficiência [que gera a] nulidade. Se [isso] é adequado ao fim, esta é outra questão. Contudo, caso exista outra espécie de deficiência do que uma nulidade, então primeiramente um ato estatal *precisa* determiná-la. E essa determinação é sempre constitutiva, ela não é meramente declarativa, tal como a possível – [entretanto] não necessária – determinação estatal da nulidade. Todas as deficiências que não geram qualquer nulidade precisam, portanto – na medida em que elas precisam primeiramente ser determinadas de forma autoritativa, a fim de serem levadas em consideração –, ser *tornadas vigentes* frente ao Estado. Caso se queira apontar o tornar vigente de uma deficiência como “anulação de um ato estatal”, então se pode aceitar a anulabilidade como efeito de toda deficiência que não conduz à nulidade do ato estatal; neste caso se deve estar consciente de que a anulabilidade de fato é um momento secundário, que primeiramente se deve observar como característico deste grupo de falhas o fato de que a deficiência – em oposição à deficiência [que envolve a] nulidade – precisaria primeiramente ser determinada pelo Estado, a fim de valer como tal. A diferença entre ambas as categorias de falhas se encontra na mediatidade da segunda em oposição à imediatidade que se faz presente com as falhas do primeiro grupo.

As falhas que envolvem apenas a anulabilidade do ato estatal podem possuir efeitos muito distintos. São possíveis as seguintes situações: o tornar vigente [Geltendmachung] da falha pode fazer com que todo o ato estatal eivado de falha seja suspenso, i. e., todos os efeitos jurídicos que ele causou até o momento da suspensão serão eliminados; após a suspensão do ato estatal [a realidade é] tal como se o ato estatal nunca houvesse sido estabelecido. A suspensão produz efeitos *ex tunc*, possui força retroativa. Nessa situação se fala mais adequadamente de eliminação do ato estatal. Mas a anulação também pode ter um efeito menos radical. Efeitos jurídicos causados pelo ato estatal eivado de falha até o momento da anulação ou suspensão deste poderiam ser mantidos e



apenas excluídos os efeitos jurídicos para o futuro. A suspensão produz [então] efeito ex nunc. Aqui é aconselhável falar de uma suspensão no sentido próprio [do termo].

Tanto junto à eliminação quanto à suspensão de um ato estatal a anulação pode partir tanto da parte afetada ou do próprio Estado, e no último caso é preciso novamente diferenciar se o órgão que estabeleceu o ato estatal eivado de falha ou outro órgão estatal anula o ato eivado de falha. Recomenda-se falar de uma revogação do ato estatal no caso de uma anulação através do próprio órgão que cometeu a falha. A revogação de um ato estatal pode dessa forma significar a eliminação ou a mera suspensão de um ato estatal.

Dentre os autores mais antigos, os quais se ocuparam do problema do ato estatal eivado de falha e de seus efeitos, tanto *Bernatzik* quanto *Tezner* diferenciaram em princípio as duas categorias acima expostas da nulidade e da anulabilidade. Apenas ocorre que em ambos a terminologia expressa algo diferente quanto à oposição bem identificada do ponto de vista material, pois ambos declaram o mero ato estatal aparente como desde o início sem efeitos, porém falam de uma “nulidade relativa”⁴⁸ quando para a eficácia da deficiência é necessário um tornar esta vigente e [ademais] um ato estatal específico. Essa terminologia possui contra si, tal como *Bernatzik* destaca⁴⁹, o [fato de] que “não

⁴⁸ *Bernatzik*, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien 1886, p. 269: “Entendo por ‘nulidade’ toda discrepância entre o comportamento de fato ocorrido e aquele exigido pelo ordenamento jurídico de uma agência [estatal], em decorrência da qual não surgem os efeitos jurídicos pretendidos pela agência, seja de modo absoluto (n. [nulidade] absoluta), ou apenas sob determinados pressupostos (n. [nulidade] relativa).” E de forma ainda mais aguda e detalhada [afirma] *Tezner*, *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, Wien 1896, p. 239: “Onde existe apenas a aparência de um ato administrativo, o qual desaparece em um nada quando analisado de forma mais detalhada, onde alguma conduta que se denomina ato administrativo necessitaria por conta do direito objetivo ainda de uma conduta da parte ou de uma agência [estatal], lá não se pode falar de uma cassação. Pois apenas o eliminável pode estar submetido ao eliminar, não o nada ou o nulo. Atos nulos apenas poderiam ser declarados como nulos pela agência [estatal] de forma autoritativa. Se a declaração de nulidade é um ato declarativo, a cassação é um [ato] constitutivo. Por isso se deveria falar de fundamentos da nulidade, quando se quer expressar que certos fatos são como tais fundamentos restritivos para o surgimento de um ato administrativo – [e] de fundamentos da anulabilidade, onde se fala sobre deficiências quanto à prática de um ato administrativo, a partir de cujo existir surge para a agência [estatal] atuante ou para a agência a ela superior a capacidade ou a obrigação de eliminar o ato deficiente.”

⁴⁹ Op. cit., p. 269, obs. 1.



se deveria denominar algo ‘nulo’, quando isto ainda assim existia e produzia certos efeitos”.

Por si só quando se reflete sobre [o fato de] que a anulação, i. e., o tornar vigente a falha, quando uma falha for de fato reconhecida, [quando ela] por si só conduz à eliminação ou à suspensão do ato, então se deve reconhecer a anulabilidade como nulidade condicional. O ato eivado de falha deixa de ser um ato estatal sob determinadas condições. E na medida em que [o termo] “relativo” expressa o momento da condição existente no tornar vigente, a anulabilidade é de fato uma “nulidade relativa”. Sim, “anulável” é do ponto de vista literal todo aquele [ato], também o ato estatal sem falhas, contanto que ele possa ser anulado – também de modo bem arbitrário –, i. e., que uma falha possa ser afirmada. Do ponto de vista estrito o efeito da falha não é a anulabilidade, mas sim a eliminação decorrente da anulação [que ocorre] com efeito ex nunc ou ex tunc. Por isso a terminologia empregada por *Tezner* teria se beneficiado caso diferenciasse frente à nulidade absoluta a “anulabilidade”, dentro da qual as situações de nulidade relativa se encontram reunidas; caso isto não ocorresse, a diferenciação precisa quanto a uma eliminabilidade ex nunc ou ex tunc, [quanto a uma] eliminabilidade [e quanto a uma] anulabilidade seria obscurecida. Contudo, praticamente não poderia ser encontrada uma terminologia que correspondesse a todas as exigências.

Também as outras diferenciações indicadas por mim – se o tornar válido uma deficiência procede da parte ou da agência [estatal], e aqui novamente a partir do próprio [sujeito] que estabelece o ato eivado de falha ou de outro [sujeito], p. ex., da agência [estatal] superior – são encontradas na literatura mais antiga, tal como, p. ex., estabelecido claramente em *Tezner*. Precisamente *Tezner* formulou um sistema bem fechado. Somente seu conceito da nulidade absoluta não pode ser aceito quanto a esse tema, na medida em que *Tezner*, na prática em contradição à suposição conceitual, ainda atribui ao ato estatal absolutamente nulo um efeito jurídico, na medida em que as partes também têm de “respeitar



tal ato nulo, [porém] aparentemente obrigante”.⁵⁰ Quando algum ordenamento jurídico – e *Tezner* segue esta posição especialmente frente ao [ordenamento] austríaco – atribui a tudo o que possui apenas a aparência de um ato estatal o efeito jurídico de uma obrigação de obediência para os submetidos, então em um ordenamento jurídico desta espécie o conceito da nulidade absoluta de um ato estatal está completamente excluído, e tendo por fundamento tal ordenamento jurídico apenas pode existir a nulidade relativa, i. e., a nulidade condicionada ou a anulabilidade de atos estatais. Se tal situação, na qual qualquer capitão de Köpenick possui pretensão jurídica à obediência, fosse de alguma forma possível do ponto de vista prático, isto ainda precisa ser verificado. De qualquer forma precisa ser estabelecido que não é necessária qualquer determinação expressa no ordenamento jurídico que liberte as partes da obrigação de respeitar um ato estatal absolutamente nulo. Entretanto a ausência de tais determinações expressas no direito austríaco induziu *Tezner* a supor a obrigação dos submetidos de “respeitar tal ato nulo, [contudo] aparentemente obrigatório”.

Caso normas venham a ser violadas por meio do estabelecimento de um ato estatal sem que a validade destas [normas] seja de alguma forma afetada, na medida em que tal antijuridicidade não gera nem a nulidade, nem a anulabilidade do ato, então duas [alternativas] são possíveis: ou [1ª alternativa] a violação da norma gera como consequência para o funcionário que praticou o ato estatal uma consequência do ilícito disciplinar. Nesse caso a prescrição violada não pode contar como pertencendo àquele que normatiza o ato estatal, e seria incorreto incluir seu conteúdo, assim como talvez aquele das determinações sobre competência, na proposição jurídica que estabelece os pressupostos e o conteúdo do ato estatal e que lógico-juridicamente contém *todos* os fundamentos cognitivos para o julgamento da questão sobre se existe um ato estatal. Caso se aceite minha teoria da proposição jurídica, então não existirá dificuldade em diferenciar [por um lado] entre a proposição jurídica disciplinar que estatui a vontade e a obrigação jurídica do Estado e [por outro lado] a [proposição jurídica

⁵⁰ Op. cit., p. 247.



disciplinar] que estabelece o órgão obrigado a executar esta vontade. É perfeitamente possível que o órgão seja disciplinarmente obrigado a *mais* do que a proposição jurídica que obriga o Estado tenha fixado como pressuposto do ato estatal. Quando, p. ex., a violação da prescrição de trajar uniforme durante o exercício das atividades do órgão não significa nem a nulidade, nem a anulabilidade do ato estatal que for praticado por um funcionário não uniformizado, mas o funcionário ocasiona uma punição disciplinar, então a prescrição sobre uniforme não pode contar entre as normas do ato estatal livre de falhas. O ato estatal em questão não deve ser visto de forma alguma como eivado de falha.

Quando, porém, [conforme a 2ª alternativa] a antijuridicidade supostamente evitada pelo ato estatal nem afeta a validade do ato, nem causa uma consequência jurídica [relacionada ao] órgão estatal que atua, então a parte do ordenamento jurídico supostamente “violada” pelo ato estatal – seja apenas o conteúdo formal de uma lei ou decreto – de modo nenhum pode ser vista como um conteúdo de lei juridicamente relevante no sentido material, e por isto não se pode falar de uma violação do direito ou de uma “falha”. A norma em questão não é uma parte do ordenamento jurídico, assim como as felicitações da nação legalmente articuladas quando da festa de aniversário do monarca precisam ser vistas como um conteúdo legal juridicamente irrelevante e que não é parte do ordenamento jurídico: contudo, se e quando alguma determinação positiva pode ser vista em tal medida como sem efeito em uma lei ou em um decreto, isto é outra questão. De qualquer maneira, a interpretação da lei precisa ter se equivocado em virtude de fundamentos bem razoáveis, caso ela não queira fazer com que alguma prescrição positiva, a qual conforme seu conteúdo é capaz de uma sanção, faça parte de uma proposição jurídica completa. A técnica legislativa é de fato algo de tal espécie, que na literalidade da lei nem sempre se encontra conectada diretamente a sanção (jurídico-formal) aos seus pressupostos (jurídico-materiais). Frequentemente ambas as partes da proposição jurídica estão contidas em duas ou mais leis ou decretos [que do ponto de vista] da técnica



legislativa são independentes. Dessa forma o BGB contém quase exclusivamente a parte inicial da proposição do julgamento hipotético, o qual se tem que construir como proposições jurídicas civis, enquanto a regulação da execução expressa a parte posterior da proposição comum – tal como o fator comum e também destacado de uma expressão de vários dígitos na álgebra. É preciso que conte como postulado que o legislador em regra torna algo juridicamente relevante no conteúdo das leis, que qualquer prescrição possivelmente determina uma sanção, [ou] expressando de forma geral, que possivelmente todo o conteúdo da lei esteja dissolvido em proposições jurídicas completas. É evidente que essa operação nem sempre ocorrerá sem uma sobra; que algumas vezes prescrições com a forma ideal da proposição jurídica não encontrarão qualquer lugar, e desta forma possuirão o caráter de conteúdo legislativo não vinculativo, [tais como] conselhos juridicamente irrelevantes, desejos devotados do “legislador”, os quais, tais como os motivo para a construção jurídica, permanecem triviais. Por si só o permitir a permanência de tal sobra [é algo que] o jurista que interpreta apenas deve se permitir nos casos mais extremos, pois um conteúdo que surge na forma de legislação já por meio desta forma apresenta a reivindicação de valer como vinculativo, e esta reivindicação apenas deve permanecer não satisfeita quando a própria lei, com respeito a uma de suas partes constitutivas, abandona de forma indubitável esta reivindicação, ou [então ela] obviamente se utilizou de um meio inadequado a fim de dar também a esta parte constitutiva a vinculatividade formal. Caso a partir do ponto de vista técnico legal se deva criticar [o legislador], caso o legislador que se manifestou de outra forma que não de uma forma juridicamente vinculativa contrarie as regras de uma nomopoética – de uma doutrina da criação da lei – quando ele desceu do pedestal de uma autoridade que normatiza a fim de aconselhar ou desejar, onde ele de fato pode comandar, então é inapropriado a partir do ponto de vista da interpretação, sem grande necessidade, compreender as palavras do legislador de outra forma, senão como juridicamente vinculativas.



Pertence a esse contexto também a questão sobre se as normas jurídicas, tal como frequentemente ocorre nos últimos tempos, podem ser divididas em prescrições sobre deveres ou [prescrições sobre o que] precisa [ocorrer] [*Soll- und Mußvorschriften*], ou seja, conforme diferentes graus de obrigatoriedade. Tal diferenciação – ela é realizada para promover a separação entre nulidade e “mera” anulabilidade – encontra-se, p. ex., em *Walter Jellinek*, quando ele pergunta: “O órgão precisa permanecer dentro de sua circunscrição ou até mesmo dentro do seu prédio quando ele exercita o poder público, ou isto é apenas uma prescrição sobre um dever?”⁵¹ Para essa colocação do problema – e não para o próprio problema material que não nos interessa aqui – cabe notar o que segue. Em primeiro lugar, toda proposição jurídica, como um todo pleno, é uma prescrição sobre um *dever*, na medida em que ela – e isto pertence à sua essência! – estatui um dever jurídico, i. e., uma obrigação jurídica. Nesse sentido toda norma jurídica é uma prescrição sobre dever e não [uma prescrição sobre algo que] precisa [ocorrer]; pois na oposição entre dever e precisar reflete-se a oposição entre norma e lei natural. Apenas a última expressa um precisar, i. e., um ser causalmente determinado. Contudo, caso alguma proposição de uma lei positiva não seja parte de uma *proposição jurídica*, então esta [proposição] também não é uma prescrição sobre o *dever*, ela não é de forma alguma juridicamente vinculativa. Entretanto, na medida em que a doutrina dominante queira ver na oposição entre prescrição sobre o dever e sobre o precisar a diferenciação por ela realizada entre normas jurídicas e prescrições sobre a organização ou estruturação, então já indiquei que tal diferenciação é impossível e que as prescrições sobre organização ou estruturação, como partes da proposição jurídica disciplinar, são proposições *jurídicas* plenas, que as obrigações funcionais são obrigações jurídicas plenas.⁵²

De qualquer forma, quando se observa a partir de um determinado ponto de vista é possível que uma diferenciação entre dever e precisar possua

⁵¹ Op. cit., p. 56.

⁵² Cf. meu Hauptprobleme, p. 521 ss.



significado também para o conhecimento do direito. Caso o ordenamento jurídico fixe os requisitos para um testamento válido, então estes [requisitos] formam do ponto de vista lógico-jurídico os fundamentos cognitivos do julgamento que designa uma hipótese de incidência como “testamento”. E entre esses requisitos e a consequência jurídica, a qual o ordenamento jurídico vincula a um testamento, existe a relação entre fundamento cognitivo e consequência: porém esta [relação] é uma relação sobre o que precisa ser [*Muß-Relation*]. Caso os efeitos jurídicos de um testamento devam se manifestar, então os requisitos *precisam* [*müssen*] estar preenchidos. Não se está obrigado juridicamente a observar as prescrições sobre testamento, elas não são conteúdo de um dever jurídico – elas não são nem mesmo proposições jurídicas autônomas, mas sim apenas partes de uma proposição jurídica –, mas sim são elas o conteúdo de um precisar lógico-jurídico [*rechtslogischen Müssens*]. O mesmo vale para os requisitos de um ato estatal válido. Também esses *precisam* estar presentes para que uma hipótese de incidência seja vista como ato estatal, i. e., possa ser imputada ao Estado. Por si só, na medida em que essas “exigências do ato estatal válido” são conteúdo de um precisar lógico-jurídico, elas não podem ser vistas como conteúdo de normas jurídicas, i. e., de um dever jurídico. Provavelmente as exigências de um ato estatal válido também são o conteúdo de uma proposição jurídica: da proposição jurídica que obriga o Estado ao ato estatal pertinente [à situação]; mas o Estado que é obrigado por esta proposição jurídica, que por conta dessa proposição jurídica “deve”, não está obrigado aos pressupostos da proposição jurídica, às suas “exigências”. Pertence às exigências da proposição jurídica de direito penal, p. ex., a hipótese de incidência (por exemplo, o assassinato) e a observância da competência por parte do órgão. O Estado está tão pouco *obrigado* ao assassinato quanto à preservação da competência, estes são pressupostos da imputação da *atuação* [*relativa ao direito*] *penal*, à qual apenas o Estado está obrigado. Entretanto certas “exigências” também poderiam ser conteúdo de um *dever* jurídico: A observância dos limites da competência, p. ex., é uma obrigação jurídica do órgão, i. e., também é parte da proposição jurídicas



disciplinar, porém apenas no sentido negativo. A violação do limite da competência se apresenta como pressuposto para a consequência jurídica do ilícito disciplinar. E apenas na medida em que um pressuposto do ato estatal válido no sentido negativo é conteúdo da proposição jurídica disciplinar é permitido a este [pressuposto] ser considerado, em sentido estrito, como “exigência” de um *devido* jurídico, pode ser visto como conteúdo de um *dever* jurídico. Então ele [o pressuposto] é o conteúdo de um *precisar lógico-jurídico* em sentido *positivo* – como fundamento cognitivo para o julgamento de imputação – e no sentido *negativo*, i. e., com o sinal negativo do conteúdo de um *dever jurídico*, uma obrigação jurídica do dever do órgão estatal [que foi] estatuído através da proposição disciplinar.

Por isso é preciso sinalizar como não permitido o posicionar a prescrição de dever e de [algo que] precisa ser [de certa forma] em uma linha como estando em oposição uma com a outra [prescrição]. De fato é possível pensar que a interpretação prevê [que] certos pressupostos do ato estatal – ou seja, o conteúdo de um *precisar lógico-normativo* – não serão tornados (com o sinal negativo) condições da proposição jurídica disciplinar; contudo existem pressupostos para o ato estatal válido, os quais não poderiam ser adotados desta forma na proposição jurídica disciplinar – p. ex., a hipótese de incidência do delito! – de tal forma que algo pode muito bem se tornar conteúdo de um *precisar lógico-normativo*, porém não [se tornar conteúdo] do *dever jurídico* (a obrigação jurídica do órgão estatal), ou o contrário; uma hipótese de incidência pode muito bem obrigar o órgão a algo, sem desta forma ser o pressuposto do ato estatal válido, de tal forma que algo é o conteúdo de um *dever jurídico* (a obrigação jurídico-disciplinar do órgão estatal), porém não [é] um *precisar lógico-jurídico*. (O último caso, a propósito, não deveria ser fácil de deduzir através de uma via interpretativa!). P. ex.: a permanência no prédio da agência [estatal] durante o horário de expediente *pode* muito bem ser uma obrigação do órgão, porém não *precisa* ao mesmo tempo ser um requisito do ato estatal válido. E se pode então – ainda que apenas de forma bem imprecisa – dizer: essa permanência no local da



atividade funcional é uma “mera” [prescrição de] *dever*, nenhuma prescrição do que precisa [ocorrer]. Por si próprio se deve sempre estar consciente que não se trata de uma gradação das normas jurídicas, o que de fato se mostra também de forma clara, pois caso a permanência no prédio da agência [estatal] fosse o conteúdo de um precisar lógico-jurídico, i. e., formasse o requisito de um ato estatal válido, então caso a observação fosse da mesma obrigação funcional do órgão não se verificaria algo como uma [prescrição sobre o que] “precisa” [ocorrer] e nenhuma prescrição [sobre o que] “deve” [ocorrer], mas sim uma prescrição sobre o que precisa *e* sobre o que deve [ocorrer]. A combinação teoricamente sempre possível, [conforme a qual] a permanência no local da atividade funcional é o conteúdo de um precisar [ser] lógico-jurídico é pressuposto do ato estatal válido, [de tal modo que] um ato estatal não praticado no local da atividade funcional é nulo, porém o órgão *não* está obrigado disciplinarmente a executar o ato no local da atividade funcional, [mas tal combinação] poderia, contudo, ser rejeitada como jurídico-politicamente irracional. Muito mais se deve aceitar que o órgão será disciplinarmente obrigado a apenas estabelecer atos estatais válidos, i. e., [obrigado a] satisfazer todos os requisitos que o ordenamento jurídico estabelece para um ato estatal válido – naturalmente com uma restrição: na medida em que estes requisitos sejam passíveis de satisfação pelo órgão, i. e., possam possuir o comportamento do órgão como conteúdo, de tal forma que o comportamento do órgão, o qual é conteúdo de um precisar [ser] lógico-jurídico, ao mesmo tempo também precise ser o conteúdo de um dever jurídico. Então não existe qualquer precisar [ser] lógico-jurídico que também não seria um dever [ser] jurídico do órgão estatal. Ainda em outra direção se poderia pensar em uma gradação entre prescrições sobre o que precisa [ser] e sobre o que deve [ser]. Caso se compare aqueles requisitos do ato estatal cuja ausência gera a nulidade e que, portanto, *precisam* estar presentes para que o julgamento de imputação seja válido, com aqueles [requisitos] cuja ausência tenha como consequência “apenas” a anulabilidade, então é óbvio que estas últimas exigências são menos rigorosas, devem ser vistas



como menos obrigatórias do que as primeiras. Por si só em suas propriedades como pressupostos do ato estatal todas as exigências são consideradas não como conteúdo de um dever [ser] jurídico – ou seja, como normas obrigatórias independentes –, mas apenas como fundamentos cognitivos, i. e., como conteúdo de um precisar [ser] lógico-normativo; também aquelas “exigências” cuja ausência “apenas” funda a anulabilidade. Ainda assim se trata quanto às últimas, diferentemente das exigências para as quais a ausência [de sua satisfação] significa a nulidade, de requisitos com caráter condicional e não [com caráter] incondicional. Qual é a condição sob a qual esses requisitos *precisam* estar presentes, isto será investigado mais tarde. De qualquer forma eles [os requisitos] também são conteúdo de um precisar [ser] lógico-jurídico, ainda que de um precisar [ser] hipotético, ou tal como se tende a dizer de forma imprecisa: conteúdo de prescrições [sobre o que] precisa [ser], e como fundamentos cognitivos, i. e., como “exigências” para o ato estatal – não como conteúdo de um dever [ser], [logo] nenhuma prescrição [sobre o que] deve [ser].

O sistema acima indicado possui natureza puramente lógico-normativa e é independente tanto das determinações concretas, quanto da terminologia das leis positivas. Isso significa que as prescrições de qualquer ordenamento jurídico devem poder ser postas sob o esquema acima esboçado. É claro que dessa forma nem todas as categorias serão preenchidas. Seria teoricamente pensável que um ordenamento jurídico não conhecesse o instituto da anulação, ou seja, que toda e qualquer deficiência significasse a nulidade, ou o contrário, que toda e qualquer deficiência apenas precisaria ser estabelecida através da autoridade estatal, ou seja, [precisaria] ser anulada, de tal forma que não existiria qualquer nulidade. Também depende das prescrições materiais se ao lado da eliminação também uma suspensão do ato estatal é possível, ou apenas uma suspensão, e assim por diante. Evidentemente também as leis positivas podem utilizar várias terminologias, e o que aqui foi denominado anulação, nulidade, revogação, eliminação etc., pode ser denominado com nomes bem diferentes; assim como o legislador compreende sob “direito subjetivo” algo bem diferente do que alguma



teoria [sustenta]. É tolo ver nessa distância entre a terminologia legislativa e a teórica uma deficiência grave, pois os *conceitos jurídicos* em geral válidos e sua terminologia não são organizados pela legislação, mas sim pela teoria do direito, a qual o legislador também *pode* usar, mas de modo algum precisa [usar]. A teoria serve para o domínio intelectual, para a simplificação, sistematização do material criado pelo legislador. A diferença plena entre as tarefas torna compreensível uma diferença na terminologia.

§ 9º A mais nova tentativa de sistematização

Os autores que nos últimos tempos investigaram os efeitos dos atos estatais eivados de falhas elaboraram dois sistemas que não se diferenciam de forma não-essencial [que se diferenciam de forma essencial]. *Walter Jellinek* adota três categorias: 1ª o ato estatal absolutamente sem eficácia. “Aquilo que exteriormente possui alguma semelhança com uma manifestação de vontade estatal válida é de modo algum uma atuação eficaz do poder estatal, não conduz a qualquer modificação das relações jurídicas e, portanto, pode ser ignorado por todos, independentemente de um órgão estatal ou uma pessoa privada entrar em contato com ele [ou não].”⁵³ A ineficácia absoluta de *Jellinek* corresponde precisamente à nossa “nulidade”. Sem dúvida *Jellinek* não escolheu a expressão muito mais acurada, pois ele queria evitar um conflito com o uso da linguagem dos §§ 1323 e ss. do BGB alemão, onde um casamento plenamente eficaz será denominado como “nulo”. Ao lado da nulidade absoluta *Jellinek* distingue outros dois tipos. Apesar de ele reconhecer e destacar o que existe de comum em ambos os tipos (os atos eivados de falha poderiam ser “criticados” e eliminados do mundo “através de um ato estatal especial”), ele deixou de reuni-los sob um conceito comum. Ele constrói dois grupos de atos estatais eivados de falha e não absolutamente ineficazes: [1º] o ato estatal *eliminável*; “o ato será reconhecido como um zero e nulo; ele deve ser visto de tal forma, como se ele nunca houvesse

⁵³ Op. cit., p. 45.



existido. [2º] Caso antes da declaração ele tenha exteriorizado efeitos, a partir de agora ao julgar relações jurídicas que vieram a existir antes da declaração de nulidade é permitido *deixar de considerar estas* [relações jurídicas]”. Essa categoria não coincide de modo algum com a outra, a qual caracterizamos acima com o mesmo termo anulabilidade. Também aqui o decisivo é o efeito *ex tunc* da eliminação. Por meio da retroatividade diferenciam-se esses grupos de atos estatais eivados de falha do terceiro [grupo] que *Jellinek* elabora: “até o ponto da retratação ele (o ato estatal eivado de falha) existiu de forma válida; caso posteriormente relações jurídicas venham a ser decididas [judicialmente], as quais surgiram antes da revogação, não é permitido deixar de considerar o ato original. Com outras palavras, a revogação opera *ex nunc*”. Nesses casos *Walter Jellinek* fala de uma *revogação* dos atos estatais. Ele considera as decisões, tendo em conta sua essência interna, como apenas elimináveis, condutas, no sentido estrito de sua terminologia, [são consideradas por ele] revogáveis. Acredito que *Walter Jellinek* não consegue sustentar justificadamente essa diferenciação também a partir de seus próprios pontos de vista e concordo a este respeito de forma plena com a crítica de *Kormann*.⁵⁴ Mesmo que se deixe de lado essa diferenciação da decisão “anulável” dos atos revogáveis, a sistematização de *Walter Jellinek* se encontra [qualitativamente] abaixo daquela de *Kormann*, pois em *Jellinek* sua categoria do ato estatal revogável cruza dois pontos de vista completamente independentes um do outro. O efeito *ex nunc* e o sujeito que tornará a deficiência vigente [como tal]. Nesse ponto deve-se concordar plenamente com *Kormann* quanto ao fato de que todos os atos estatais eivados de falha que não são nulos podem ser reunidos sob o conceito comum da “anulabilidade”, e este grupo pode novamente ser dividido conforme o sujeito da anulação (a agência [estatal] que estabeleceu o ato estatal eivado de falha, a parte ou outra agência [estatal]) em autoanulação ou revogação, e em anulação externa [*Fremdanfechtung*] ou anulação através de um recurso jurídico. Dessa forma a “revogação” pode ser diferenciada tanto como produzindo efeitos *ex nunc*, como também *ex tunc*, e não é preciso, tal como

⁵⁴ Op. cit., p. 315.



ocorre em *Walter Jellinek*, limitar o conceito da “revogação”, em contradição com o significado literal deste termo, aos casos que produzem efeito ex nunc. Ou seja, quando a autoanulação é caracterizada de forma justificada como “revogação” e não apenas pode produzir efeito ex nunc, mas também ex tunc, ela precisa ser indicada como inadmissível, caso a terminologia de *Jellinek* quanto à “revogação” seja limitada ao efeito ex nunc e se encontre em oposição à “eliminação”. Por outro lado, falta a *Kormann* o conceito muito útil de *Jellinek* de “anulabilidade”, cuja essência consiste no efeito ex tunc. Tentei purificar as vantagens de ambos os sistemas e evitar suas fraquezas. Nisso estou plenamente consciente que existe um grande mérito em construir por primeiro um sistema, do que melhorar detalhes de uma construção já elaborada; e quando em grande parte não aceito os outros resultados de *Jellinek*, assim como de *Kormann*, ainda assim preciso reconhecer sem qualquer restrição o grande valor de seus trabalhos, que sob muitos aspectos são desbravadores.

§ 10º O estabelecimento de limites entre a nulidade e a anulabilidade

A questão claramente mais importante para a doutrina geral do Estado e da administração, de fato o núcleo do conjunto de problemas do ato estatal evitado de falha, é a limitação da nulidade em relação à anulabilidade. O que vale é encontrar o princípio geral, conforme o qual as possíveis deficiências de um ato estatal estão perfiladas em uma ou outra dessas duas categorias. Até recentemente a teoria do direito público não contribuiu praticamente em nada para a resposta a essa questão. Primeiramente através dos trabalhos de *Jellinek* e *Kormann* o problema foi colocado de forma absolutamente clara e investigado de modo detalhado. Por si só a solução foi tentada por ambos os autores – tal como creio – com resultados insatisfatórios. As considerações de *Jellinek*, assim como aquelas de *Kormann*, as quais em parte foram pensadas de forma muito acurada, carecem de um princípio geral, metodologicamente fundado. Em essência ambos se satisfazem em encontrar uma limitação por meio de uma via mais empírico-



pragmática, sem buscar um postulado geral. Junto a isso prevalece em ambos a tendência de concluir a partir da própria qualidade do conteúdo o efeito – igualmente natural – do mesmo, como se a questão [sobre] quando uma falha tem por consequência a nulidade, quando [tem por consequência] a anulabilidade, fosse oriunda da “natureza da coisa” (aqui, da falha), tal como – conforme a perspectiva dos jusnaturalistas – [se] a decisão sobre questões de direito da personalidade [pudesse ser respondida] a partir da natureza da liberdade humana e de um direito natural desta espécie! De fato, resumindo em um único bordão, é essa a impressão que as argumentações extremamente engenhosas de ambos os autores deixam, quando se verifica as mesmas frente aos princípios do positivismo.

a) Tendo em conta a importância da norma violada

Dessa forma *Walter Jellinek* sugere a seguinte via. Primeiro ele elabora uma imagem do ato estatal ideal, livre de falhas, i. e., ele enumera as normas que determinam o ato estatal, todas as exigências orientadas ao ato estatal “correto” estabelecidas (assim como as que podem ser estabelecidas) pelo ordenamento jurídico. Depois ele diferencia conceitualmente uma da outra as três espécies de efeitos da ineficácia absoluta, da anulabilidade e da revogabilidade, e então ele posiciona as possíveis falhas particulares nestas três categorias. Junto a isso ele não estabelece um princípio geral de divisão, mas sim procede da seguinte maneira. Ele investiga todas as falhas possíveis, divididas conforme seu conteúdo (deficiência com respeito ao direito da personalidade, [com respeito ao] direito das coisas, [com respeito] à correção formal e material exigida pelas normas), e se para ele a falha parece ser mais ou menos grave, então ele atribui a ela uma nulidade absoluta do ato estatal ou algum outro efeito. Por meio dessa via ele chega ao resultado final de que as falhas dos três primeiros grupos em regra têm [como resultado] a nulidade, [ao passo que] o quarto grupo em regra não possui a ineficácia absoluta como resultado. Ele afirma literalmente: “As três



primeiras exigências principais de um ato estatal, a adequação dos sujeitos, dos objetos e das formas, são verificadas conforme seus *pesos jurídicos*. Todas elas possuem grande peso e a nulidade absoluta é a consequência frequente de sua falha. O mesmo não pode ser afirmado da quarta exigência, da correção material do ato estatal.⁵⁵ Caso se pese as deficiências conforme seu conteúdo, então é difícil de entender por qual motivo a violação de alguma prescrição sobre competência [deva significar] a nulidade, [ao passo que] ao contrário a incorreção *material* apenas deva significar a anulabilidade. É correto que os ordenamentos jurídicos aqui de fato apenas reconhecem a anulabilidade, mas para *Walter Jellinek* isto não é decisivo. Essa regra, conforme a qual os três primeiros grupos de deficiências geram a nulidade, segundo *Walter Jellinek* [ela] possui inúmeras exceções. Desse modo ele declara a violação da prescrição que [estabelece] para os atos estatais [o dever de sua] prática dentro da circunscrição funcional como um fundamento para a nulidade, ao passo que a [violação da] prescrição [conforme a qual] um ato [deve ser] praticado dentro do prédio funcional, porque ela possui mera natureza de instrução, [é declarada] como uma violação que apenas gera o efeito da anulabilidade. A primeira seria uma [prescrição] sobre o que precisa ser, a última uma mera prescrição sobre o que deve ser.⁵⁶

Então *Jellinek* declara a respeito das prescrições sobre direitos da personalidade aquelas que exigem a *capacidade negocial* do órgão como normas não plenas, e apenas as [prescrições] usuais como “plenas”⁵⁷, e [isto] não porque talvez a lei não prescreva em local algum a capacidade negocial dos órgãos, mas sim ainda que a capacidade negocial não tenha sido exigida de forma expressa em nenhum local. Pois *Jellinek* não considera excluído o uso analógico das prescrições do Código Civil, e especificamente aquelas sobre negócios jurídicos. Ele obtém seus argumentos a partir da natureza da coisa.⁵⁸ Ele rejeita a analogia com os negócios de direito privado a partir de fundamentos que poderiam muito

⁵⁵ Op. cit., p. 104.

⁵⁶ Op. cit., p. 56-57.

⁵⁷ Op. cit., p. 59.

⁵⁸ Op. cit., p. 50.



bem ser decisivos para o legislador que estivesse perante a questão sobre se ele deve exigir a capacidade negocial dos órgãos, mas não para o jurista teórico ou prático, o qual tem de compreender ou aplicar o direito positivo. Contra isso *Jellinek* sustenta que a capacidade negocial dos submetidos é uma “exigência essencial para a eficácia de um ato estatal com dois lados”⁵⁹, ainda que a lei tão pouco exija [a capacidade negocial] expressamente, assim como ela também não o faz quanto à [capacidade negocial] do órgão estatal. Além disso, [por um lado] *Jellinek* afirma ser nulo o ato de uma agência [estatal] colegiada [com postos] ocupados de forma deficitária, por outro lado [afirma ser] apenas anulável quando as decisões ou conclusões de um conselho [com postos] não ocupados de forma plena “passam a integrar o mundo das manifestações através da boca ou da pena seu órgão de promulgação [que foi estabelecido] em conformidade com a lei”.⁶⁰ Também aqui a fundamentação procede a partir da natureza da coisa. Outro exemplo: uma lei prescreve que quando da distribuição de uma concessão de restaurante, antes disso “deve-se ouvir por meio de parecer a autoridade local.” A esse respeito *Walter Jellinek* observa: “Entretanto a distribuição da concessão sem ouvir a municipalidade [local] não é absolutamente nula, pois neste caso Estado e autoridade local não se opõem como sujeitos que possuem a mesma força; entretanto ela pode ser revogada, de tal forma que a autoridade local não fique para sempre afrontada em seu direito”.⁶¹ Por qual motivo na prática nesse caso o Estado se encontraria acima da autoridade local, isto teria que ser primeiramente demonstrado. Por outro lado, p. ex., *Jellinek* declara absolutamente nula a concessão do registro de um estrangeiro no estado federal alemão sem a concordância daquele a ser naturalizado. “Pois aqui o Estado não se encontra acima, mas sim ao lado do submetido.”⁶² Considero essa última concepção correta. Porém, deixando de lado que ela [a concepção] também contradiz a perspectiva defendida por *Walter Jellinek* a respeito da natureza [do

⁵⁹ Op. cit., p. 87.

⁶⁰ Op. cit., p. 64.

⁶¹ Op. cit., p. 66.

⁶² Op. cit., p. 78.



ato] de soberania, ou seja, [contradiz esta perspectiva] juridicamente – como possuindo caráter de [direito] público –, do ato estatal de naturalização [como estando] sempre *acima* da manifestação da parte que é [o] submetido, [além disto] de forma alguma está claro por qual motivo o Estado neste caso está *ao lado* do submetido, [ao passo que] no primeiro caso, porém, [está] *acima* da autoridade local. O Estado declara da mesma forma no ordenamento jurídico que ele não quer naturalizar o estrangeiro sem sua anuência, assim como ele declara [que ele] não [quer] distribuir concessões para restaurantes sem *ouvir* a autoridade local. Que no primeiro caso se trate apenas de uma *oitiva* das partes, no segundo [contudo] de sua anuência, isto apenas é pertinente para a questão sobre se a distribuição de uma concessão de restaurante também é nula quando ela ocorre apesar de um *parecer emitido* pela autoridade local, porém *contra* a distribuição [da concessão]. Naturalmente essa questão deve ser respondida de forma negativa. Contudo, a *oitiva* da autoridade local, assim como a *concordância* do estrangeiro, são pressupostos do ato estatal e ambos os pressupostos possuem o mesmo peso.

Muito característico para o valor dessa argumentação a partir da natureza da coisa é também o postulado estabelecido por *Walter Jellinek*, conforme o qual todas as “declarações estatais que necessitam do recebimento” são nulas, caso elas não tenham sido “entregues ou anunciadas de forma válida ao submetido”.⁶³ Aqui, no conceito de que “necessitam do recebimento”, simplesmente será inserido o que será argumentado a partir da natureza dessa necessidade de recebimento! Sim, mas quando é que um ato estatal necessita de recebimento? Essa é então a questão essencial! As determinações legais sobre o ponto no tempo da realização de uma atividade funcional são designadas por *Walter Jellinek* como “o limite objetivo *mais fraco* para as atividades estatais”⁶⁴, ele nega a elas as qualidades de “normas mais completas”⁶⁵. Ao contrário, ele fala das prescrições formais que elas seriam [algo que possui uma] “natureza quase completamente

⁶³ Op. cit., p. 77.

⁶⁴ Op. cit., p. 99.

⁶⁵ Op. cit., p. 100.



obrigatória [zwingender]”.⁶⁶ Ele cita o § 125 do Código Civil alemão: “Um negócio jurídico, o qual carece da forma prescrita pela lei para ele, é nulo”, e declara sem fundamento adicional: “Precisamente a mesma regra vale para o ato estatal.” Por quê?

Conforme a compreensão de *Walter Jellinek* as normas jurídicas particulares podem ser graduadas de formas variadas com relação ao seu significado jurídico. Ele diferencia as proposições jurídicas em plenas e não plenas, fortes e fracas, porém ele não diz em lugar algum onde se encontra o critério jurídico desta diferenciação. Isso não é concluído a partir dos vários efeitos de sua violação, pois, ao contrário, a pluralidade do efeito será deduzida por *Jellinek* a partir do valor jurídico diferencial da norma. Já se falou da distinção entre prescrições sobre o que precisa ser e sobre o que deve ser. Mas denominar uma norma como “não plena”, caso sua violação apenas signifique a anulabilidade, não, contudo, a nulidade, é algo completamente não permitido, pois é plenamente indiferente que a falha em produzir efeitos precise ser determinada e corrigida [através da via] estatal. A deficiência de um conceito lógico de proposição jurídica torna-se perceptível aqui. A saber, não se trata de proposições jurídicas plenas, mas apenas de partes constitutivas não plenas de uma proposição jurídica, de partes de uma hipótese de incidência [relativa a um] pressuposto. Como a diferença entre cada uma daquelas partes constitutivas cuja falta significa a nulidade, e igualmente daquelas, cuja falha precisa ser tornada vigente, pode vir a ser expressa de forma correta na construção jurídica, isto será apresentado posteriormente. De qualquer maneira não é permitido falar de normas jurídicas plenas ou não plenas, mais fortes ou mais fracas, pois tanto a “norma” mais forte, assim como a mais fraca, são apenas elos da mesma norma jurídica total. Uma graduação entre as normas nunca poderia ser realizada conforme princípios jurídicos formais, [mas] somente conforme [princípios] políticos materiais; formalmente, ou uma proposição é uma proposição jurídica, ou ela não é [uma proposição jurídica]; o último caso, porém, não é levado em

⁶⁶ Op. cit., p. 103.



consideração de forma alguma para a construção jurídica. Tendo em conta seu conteúdo, as proposições jurídicas certamente poderiam possuir diferentes pesos. A proposição jurídica penal que proíbe o homicídio certamente não pode ser comparada como aquela que estabelece a obrigatoriedade do voto. Contudo, ambas são conforme a *abordagem jurídica* proposições jurídicas *plenas*.

Que não existem normas jurídicas que não possuam qualquer efeito jurídico para sua violação, isto já foi destacado. A graduação das proposições jurídicas de *Jellinek* recebe uma aparência de justificação apenas naqueles casos em que a suposta violação da prescrição jurídica não produz nem a nulidade, nem a anulabilidade do ato estatal, mas sim apenas uma consequência do ilícito para o órgão. “O limite objetivo mais fraco para as atividades estatais é formado pelas determinações legais sobre o ponto temporal da realização de uma atuação funcional. O órgão estatal, o qual executa um ato estatal em um horário ou em um dia proibidos, pode se tornar responsável penalmente, civilmente ou disciplinarmente: o ato estatal é absolutamente nulo nos casos mais raros”.⁶⁷ Somente *quando* a atuação funcional fora de determinados limites temporais não produz nem a nulidade, nem a anulabilidade do ato estatal, mas sim apenas provoca uma responsabilização pessoal do órgão, então a determinação temporal simplesmente não se parece com uma parte constitutiva da proposição jurídica que determina o ato estatal, mas sim apenas o conteúdo de uma proposição jurídica penal ou disciplinar, e [neste caso] não se fala de uma violação de alguma norma que estatui algum ato estatal. Eu digo: *caso* tal não observar a determinação temporal não tenha qualquer nulidade ou anulabilidade do ato estatal como consequência, então seria difícil apresentar uma prova jurídica positiva de que tal determinação seria [algo dotado de] mera natureza “instrucional”; como isto pode ser reconhecido como uma determinação do ordenamento jurídico? As exigências que são postas a um ato estatal, o mais correto, são tomadas em grande parte de prescrições que são orientadas aos órgãos e [produzem] sanções disciplinares. Se conforme *Jellinek* a prescrição [de

⁶⁷ Op. cit., p. 99.



acordo com a qual] o órgão apenas atua de forma própria oferece um fundamento para a nulidade por conta da violação da prescrição que proíbe um conselho judicial estadual de conduzir negócios do juiz funcional, e cujo conteúdo certamente apenas será obtido a partir da literalidade de prescrições disciplinares ou organizacionais, [ou então], convertendo para minha terminologia, pode ser tornada parte constitutiva do pressuposto da proposição jurídica que determina o ato estatal e não apenas uma proposição jurídica disciplinar, então é difícil provar por qual motivo alguma outra prescrição penal ou disciplinar que diga respeito à atividade funcional não pode fazer parte da proposição jurídica que estatui a construção do ato estatal. Pois seu *conteúdo* é menos correto? Pois conduziria à impossibilidade de declarar o ato estatal nulo ou anulável por conta da violação de tal norma? O intérprete e o teórico não se colocam no lugar do legislador por meio de tal argumentação, a qual possui caráter puramente político e não mais, de modo algum, jurídico? Tal interpretação não seria de nenhuma outra maneira justificada de forma positiva, caso a lei tornasse a validade do ato estatal expressamente independente da observação da norma em questão. Quais consequências isso precisa ter para a construção jurídica, isto já foi explicado.

Da mesma forma como é em completamente não-jurídico avaliar as normas jurídicas entre si, da mesma maneira viola todos os princípios metodológicos incluir um peso gradual distinto conforme o conteúdo para as violações jurídicas ou [para as] deficiências do ato estatal. Em si nenhuma deficiência possui *juridicamente* maior ou menor significado, e ela apenas pode ser reconhecida como uma hipótese de incidência deficiente por meio do recorrer ao ordenamento jurídico, de tal forma que apenas o ordenamento jurídico pode vincular diferentes efeitos a uma deficiência. O que pode fazer sentido, quando *Jellinek*, tendo por base considerações engenhosas, chega ao resultado que alguma deficiência, conforme sua natureza interna, é o fundamento da nulidade, mas algum direito positivo neste caso apenas oferece uma possibilidade de anulação? *Jellinek* constrói a imagem ideal de um ato estatal, ele enumera todas



as prescrições possíveis para um ato estatal e verifica suas violações conforme seu valor interno. [E] caso a lei positiva de um Estado não estabeleça uma ou outra exigência ao ato estatal? [E] caso a lei positiva não estabeleça de forma expressa o efeito de uma deficiência? Admitidamente *Walter Jellinek* destaca que as regras estabelecidas por ele se desviam daquelas prescrições jurídicas positivas, ele fala de “proposições gerais com caráter flexível”⁶⁸, mas ele não tem razão caso ele queira dizer assim que suas proposições “poderiam reivindicar validade em casos de dúvida”; pois elas se encontram em contradição em relação às proposições fundamentais da interpretação jurídico-positiva, tal como será destacado na sequência de forma ainda mais clara; elas apenas oferecem para o legislador considerações e sugestões utilizáveis; elas não são [justificadas] de lege lata, elas apenas são justificadas de lege ferenda.

b) A partir da oposição entre direito privado e público

Kormann sugere outra via, diferente daquela de *Walter Jellinek* para encontrar um limite entre a nulidade e a anulabilidade. Ele parte do direito privado e de seu postulado interpretativo: que o negócio jurídico deficiente é nulo, a não ser quando a lei expressamente declare alguma deficiência como fundamento para a anulação. *Kormann* expressa isso da seguinte forma: “O direito privado será governado pelo postulado conforme o qual o negócio jurídico deficiente, rejeitado pelo legislador, é nulo; isto corresponde à posição inferior da declaração de vontade privada, à qual não apenas não é *permitted* se sobrepor à declaração de vontade do legislador, mas, além disto, de modo algum *pode* se sobrepor. [...] Esse postulado sofre de uma limitação apenas nos proporcionalmente poucos casos nos quais o legislador deixa a deficiência do negócio jurídico depender da vontade das partes, pois para ele [legislador] o interesse público, quanto à deficiência, não parece ser grande o suficiente a fim de justificar uma norma de nulidade; esta limitação corresponde ao postulado

⁶⁸ Op. cit., p. 3.



dominante no direito privado da liberdade contratual e da predominância da soberania do arbítrio das partes. Contudo, em geral no direito privado o negócio jurídico material ou formalmente contrário à lei é nulo.”⁶⁹ E na conclusão *Kormann* declara sem fundamentação adicional: “No direito *público* é o contrário. Aqui vale o postulado: A deficiência do negócio jurídico é [corresponde à] anulabilidade, não à nulidade.” Caso *Kormann* acredite poder abrir mão de qualquer esclarecimento mais preciso, pois no direito público deve ser o contrário do que no direito privado, ele faz isto de forma clara na medida em que pressupõe como óbvio o seguinte modo de pensar: O postulado, [segundo o] qual a deficiência do negócio jurídico em regra [gera] a nulidade, e apenas em razão de uma determinação expressa da lei gera a anulabilidade, corresponde à especificidade do direito privado. Pois o direito público, conforme sua essência intrínseca, é o contrário do direito privado, [de tal modo que] também na questão sobre os limites entre a nulidade e a anulabilidade a regra do direito privado precisa ser o contrário. Agora a regra de interpretação que se emprega no direito privado, quando se tem que responder a questão sobre se um negócio jurídico é nulo ou anulável, [esta regra] não possui de forma alguma caráter específico de *direito privado*, mas sim uma natureza puramente formal, [ela é] um princípio geral da lógica jurídica, o qual, quando correto, pode ser tão bem empregado no direito privado, quanto no direito público. Deixando de lado esse ponto, a respeito do qual se retornará posteriormente, e deixando de lado a problemática da oposição entre direito privado e público, o modo de pensar de *Kormann* também não é sustentável tendo em conta seus próprios pressupostos. A saber, é absolutamente incompreensível como o suposto postulado de direito privado sobre a relação entre nulidade e anulabilidade deve corresponder à natureza particular do direito privado. Que a declaração de vontade privada não *pode* se sobrepor à declaração de vontade do legislador (mais corretamente: a vontade do Estado no ordenamento jurídico), isto é evidente. Mas isso não significa que a declaração de vontade privada possua uma “posição subordinada” e que ela não

⁶⁹ Op. cit., p. 216-217.



possa ser diferenciada neste ponto de forma alguma de algum ato estatal estabelecido mais acima! Precisamente o não-“poder”-se-sobrepôr-sobre-o-ordenamento-jurídico [Nicht-sich-über-die-Rechtsordnung-hinwegsetzen-“können”], e não o mero não-estar-*permitido*, foi de modo muito adequado destacado por *Korman* e indica de forma clara que não se trata aqui de uma questão sobre o *poder* (tal como com relação à distinção indicada entre o negócio jurídico de um submetido ao direito e o negócio jurídico do Estado, entre o direito privado e público, conforme a opinião autoritativamente dominante, aceita por *Kormann*), mas sim que aqui está em jogo uma questão da *lógica*, a qual encontra aplicação da mesma forma para o direito privado e público, para os submetidos e para a pessoa do Estado. Quando um testamento escrito carece das assinaturas exigidas pelo ordenamento jurídico, então ele é simplesmente nulo, i. e., o Estado não *pode* invocar quaisquer efeitos jurídicos, pois o julgamento lógico, o qual afirma a validade de um negócio jurídico, pode ocorrer exclusivamente a partir dos fundamentos cognitivos que são obtidos do ordenamento jurídico; e quando falta um pressuposto exigido pelo ordenamento jurídico, então nenhum poder do mundo pode forçar o julgamento de que se encontra aqui um negócio jurídico válido. Então [o que] se encontra [é] precisamente um negócio jurídico nulo, i. e., *nenhum* negócio jurídico; a não ser que o pressuposto faltante tivesse sido qualificado de forma especial pelo próprio ordenamento jurídico. Está absolutamente fora de questão que se possa adotar nesse ponto uma oposição entre direito privado e público. A não ser que se quisesse seriamente afirmar que os atos estatais (estes são as expressões de vontade do Estado que atua, do Estado no executivo) *poderiam* se sobrepôr à vontade do Estado no ordenamento jurídico. Porém isso significaria julgar a pessoa do Estado (como sujeito de obrigações e direitos) conforme outras normas do que as proposições jurídicas, isso significaria abandonar o postulado do Estado de direito, a submissão do Estado ao ordenamento jurídico, isso significaria abandonar o princípio de construção do Estado de direito, a lógica jurídica frente ao direito do Estado. Agora quando o negócio jurídico de direito privado, porém não o ato estatal, pode gerar efeitos



jurídicos apenas sob os pressupostos fixados no ordenamento jurídico, então precisamente o ato estatal está excluído do sistema da construção jurídica. *Kormann* entra plenamente em contradição consigo mesmo quando ele argumenta: a mera anulabilidade apenas se manifesta no direito privado em casos *raros*, e de fato quando o interesse público na deficiência não é grande, e isto corresponde à predominância do arbítrio privado e da liberdade contratual, os quais são característicos do direito privado. Pois então no direito público, onde conforme a perspectiva de *Kormann* o arbítrio privado está excluído, ou então [onde] diferentemente do direito privado existe a vinculação contratual, a anulabilidade teria de ser fundamentalmente excluída e precisamente a nulidade seria a regra! Pois aqui sim o interesse público em geral (e desta forma também em especial: nas deficiências) é mais forte do que no direito privado. E no direito privado precisaria ser precisamente o oposto dessa regra, sendo que é a partir desta [regra] que *Kormann* parte, como um postulado específico de direito privado. Então, que *Kormann* no mesmo momento fale da “posição subordinada da declaração de vontade privada” e da “soberania predominante do arbítrio privado” no direito privado, e que ele relacione os dois atributos logicamente mutuamente excludentes claramente ao mesmo sujeito – a vontade do sujeito de direito em relação à vontade do ordenamento jurídico –, a este respeito não quero me aprofundar! O que foi dito basta a fim de indicar em geral o valor daquela argumentação, a qual opera com a oposição apriorística entre direito privado e público, e em especial a fim de conduzir a tentativa, ad absurdum, de deduzir desta oposição uma regulação de limites específica de direito público entre nulidade e anulabilidade. Apenas uma coisa ainda precisa ser destacada, pois em princípio [ela] possui significado para a crítica ao método hoje dominante. É inadequado quando alguém, a partir de uma suposição apriorística, conforme a qual alguma obrigação ou direito jurídico é um negócio jurídico ou instituto jurídico que possui natureza pública ou privada, acredita ser capaz de vincular alguma forma especial aos mesmos, a qual [a forma] apenas pode ser dada por meio da determinação jurídico-positiva. Muito mais se poderia apenas o oposto,



[a saber] de uma forma específica do direito positivo concluir a obrigação jurídica, o direito, o negócio jurídico ou o instituto jurídico a partir de seu caráter de direito privado ou público. Não se pode a partir da natureza de direito público do ato estatal argumentar a respeito de uma forma jurídica diferente daquela do negócio jurídico de direito privado, mas sim o ato estatal possui apenas uma fisionomia jurídica diferente daquela do negócio jurídico “privado”, a qual se pode denominar especificamente de direito público, caso o direito positivo trate o ato estatal de forma diferente do que o faz com relação [àqueles] submetidos ao direito; não é porque ele possui natureza de direito público que as falhas significam para ele em regra apenas fundamentos para a anulabilidade e não para a nulidade, pois ele apenas é [um ente com] natureza de direito público quando entre outros requisitos o ordenamento jurídico determina esta diferenciação frente aos negócios jurídicos dos [entes] privados. Caso existisse uma oposição entre direito público e privado, ela apenas poderia ser uma [oposição] de direito positivo. Atualmente faz-se uso dessa oposição certamente com muita frequência, a fim de obter um resultado desejado, porém não determinado pelo ordenamento jurídico. A oposição será então tratada no sentido de um direito natural. Quando falta um critério firme para aquilo que é “direito público”, [então] contradições são naturalmente inevitáveis. O valor dessa argumentação que parte de uma oposição adotada a priori entre direito privado e público se mostra claramente quando *Kormann*, p. ex., declara por um lado, a fim de deduzir a validade preponderante do princípio da anulação no direito público em oposição ao direito privado, como da essência do último em oposição ao primeiro “a posição subordinada da declaração de vontade privada” em relação à “declaração de vontade do legislador”⁷⁰, e, por outro lado – a fim de rejeitar para o direito público o princípio válido para o direito privado – “caso uma parte de um negócio jurídico seja nulo, todo o negócio jurídico é [nula]” –, a mesma qualidade, a qual ele acima atribuiu como uma especificidade do direito privado, agora como algo específico do direito público: “Aqui (no direito público em

⁷⁰ Op. Cit., p. 216.



oposição ao direito privado) *a vontade do legislador se sobrepõe plenamente à vontade da administração e se realiza etc.*”⁷¹

Dessa forma de fato não estaria disponível nenhuma situação, a respeito da qual as explicações de *Kormann* sobre o limite entre o ato estatal nulo e o anulável seriam aceitáveis. Caso eu não tenha fracassado em levar adiante a crítica iniciada com algumas palavras, então isto apenas se justifica na medida em que desta forma me foi oferecida a possibilidade de verificar algumas argumentações típicas para a teoria do direito público.

A regra afirmada, conforme a qual no direito público a deficiência do negócio jurídico possui como consequência a anulabilidade e não a nulidade, [tal regra] é empregada por *Kormann* nas duas espécies de deficiências distinguidas por ele: contrariedade à meta e contrariedade à lei. Que essa diferenciação seja incorreta, na medida em que *juridicamente* apenas entra em questão uma contrariedade ao ordenamento jurídico ou à proposição jurídica (contrariedade à lei no sentido material da palavra “lei”), isto já destaquei em outro local. *Kormann* pretende afirmar que sua regra com relação à contrariedade à meta vale de forma ilimitada. Com respeito à contrariedade à lei, contudo, ele diferencia entre decreto e disposição. Do decreto ele afirma que este apenas poderia ser válido ou nulo, que não existiria uma anulação do decreto. Porque isso é assim, isto *Kormann* não indica. A resposta a essa questão é, naturalmente – tanto já foi dito aqui –, [a seguinte]: Pois o ordenamento jurídico não reconhece uma anulação de decretos. Isso não provém da natureza do decreto, pois nada impede que o instituto da anulação de decretos seja jurídico-positivamente incluída [no ordenamento jurídico]. Por outro lado, com relação às disposições afirma *Kormann* a validade de sua regra da preferência, em princípio, da anulabilidade frente à nulidade. Sua fundamentação limita-se à frase [seguinte]: “Isso está conectado com a natureza do recurso jurídico.”⁷² *Kormann* explica que fundamentalmente, deixando-se de lado certas exceções, “o fazer valer da

⁷¹ Op. cit., p. 161.

⁷² Op. cit., p. 217.



contrariedade à lei de uma disposição é relegado à via do recurso jurídico do registro [Rechtsmitteleinlegung]”. Dessa forma ele apenas afirmou que as disposições contrárias à lei são apenas anuláveis, ou, com outras palavras, que o ato administrativo deve ser visto como válido até a anulação bem sucedida. Seguindo *Otto Mayer*⁷³ *Kormann* caracteriza o ato administrativo meramente anulável da seguinte maneira: “O poder obrigante, o qual se manifesta no ato estatal, atesta-se como conforme ao direito”; sim, *quando* ele se manifesta no ato administrativo, mas se ele se manifesta no ato administrativo, i. e., se de fato se encontra [presente] um ato administrativo, isto o poder obrigante não pode atestar! Quando se encontra determinado que o ato administrativo não é nulo – e isto quem decide é a lógica jurídica, não o poder estatal –, então ele não mais precisa atestar o poder obrigante como conforme ao direito, ele de modo algum *pode* [fazer isto], na medida em que ele se preserva frente à anulação e subsequente eliminação. Caso “conforme ao direito” signifique o mesmo que “não nulo”, então não é o poder obrigante que pode atestar esta qualidade do ato administrativo; e quando [“]conforme ao direito[”] signifique tanto quanto [“]não anulável[”], então também o poder obrigante não pode atestar esta qualidade ao ato estatal no qual ele se manifesta. O ato administrativo não se diferencia nesse ponto em nada do negócio jurídico do direito privado. E quando *Kormann* prossegue [afirmando]: “O ato administrativo surge a partir de si próprio e não recebe sua força da lei, assim como o faz o negócio jurídico privado”⁷⁴, então isto é simplesmente falso. Pois sua qualidade específica como ato administrativo, i. e., como atividade ou hipótese de incidência com consequências jurídicas bem determinadas e imputável ao Estado, [isto] o ato não pode obter de outro local senão do ordenamento jurídico, precisamente como o negócio jurídico do direito privado; pois apenas se tem que buscar os fundamentos cognitivos para o julgamento no ordenamento jurídico, [o julgamento de] que algo é um ato administrativo, e apenas na medida em que

⁷³ Op. cit., p. 39.

⁷⁴ Conforme *Otto Mayer*, Op. cit., p. 100 (7) e 97 (3).



esta hipótese de incidência corresponde em seus pressupostos, assim como em seu conteúdo, ao ordenamento jurídico, ela pode “causar” as consequências jurídicas a ela vinculadas. Afirmar que o ato administrativo surge a partir de si próprio, que ele não é como o negócio jurídico, determinado através do ordenamento jurídico, [isto] é uma frase que entra em conflito com todos os postulados da construção jurídica, [com] todos os princípios da teoria do direito do Estado e do Estado de direito. E quando *Kormann* prossegue [afirmando que] aqui se poderia “falar” da peculiar “força *publicista* do ato administrativo”, então se tem que notar primeiramente que é simplesmente enigmático, como de fato se poderia seriamente pensar na mera anulabilidade dos atos administrativos vista como regra a partir de sua natureza pública, [como se poderia] deduzir a partir do caráter soberano de seu conteúdo ou estabelecer alguma relação, onde esta mesma qualidade da anulabilidade será também atribuída pelo ordenamento jurídico aos negócios jurídicos *privados* e de fato – tal como pretende *Kormann* –, precisamente quando o momento de direito público é retirado.

Ainda que *Kormann* deduza da oposição do direito público ao direito privado o oposto da regra válida apenas para o último [direito] sobre a relação da nulidade com a anulabilidade, ainda assim ele não chega ao resultado que é a contradição desta premissa: o ato estatal deficiente é anulável, a não ser quando a lei declare a deficiência como fundamento da nulidade. Pois de fato seria [isso] no direito público “o contrário” do que [é o caso] no direito privado! *Kormann* se limita a estabelecer a fórmula puramente material e elaborada de forma altamente imprecisa, conforme a qual no direito público uma deficiência gera com mais frequência a anulação do que a nulidade. Mas *quando* uma deficiência significa a nulidade e quando ela significa a anulabilidade, a respeito disto ele não oferece de forma alguma uma regra precisa. Portanto, também conforme *Kormann*, para os atos estatais vale o contrário da regra do direito privado; este é um princípio interpretativo preciso, formal e da lógica jurídica; *Kormann* não está em condições de encontrar tal princípio para o direito público. Sua tentativa de obter o limite em questão a partir da oposição conceitual entre direito privado e



público é algo que não possui qualquer significado para seu próprio resultado. Fundamentalmente ele sugere então o mesmo caminho que *Walter Jellinek* [havia indicado]; ele verifica as deficiências considerando seu peso interno, seu significado em si próprias, e deixa que a nulidade ou a anulabilidade seja seu efeito natural. Junto a isso ele deixa ao legislador a precedência. Primeiro ele investiga quais deficiências têm de ser vistas por meio da determinação jurídico-positiva.⁷⁵ Uma vez que o resultado é muito pequeno – de fato normas sobre a nulidade são muito raras, algo que tanto *Kormann* quanto *Walter Jellinek* infelizmente destacam, pois para eles o fundamento deste fato precisaria ficar obscuro –, *Kormann* busca decidir casuisticamente “seguindo a literatura e a prática” os limites entre nulidade e anulabilidade, e de fato nos casos “onde o legislador silencia”. Conforme seu princípio obtido a partir da oposição com o direito privado o silêncio do legislador precisaria significar a mera anulabilidade, e a nulidade apenas seria aceita em razão da determinação expressa. Mas *Kormann* declara com ênfase que também quando ocorre o silêncio do legislador de forma alguma “a nulidade dos atos administrativos deve estar excluída”.⁷⁶ E então ele elabora uma longa série de casos de nulidade: nulidades por conta da impossibilidade, nulidade por conta de deficiência formal, nulidade por conta de deficiência do conteúdo e nulidade por conta de deficiência da vontade. Ele trata o ato estatal inteiramente conforme a analogia do negócio jurídico privado. As mesmas categorias que se agrupam conforme a teoria do direito privado como exigências para um negócio jurídico válido servem para ele para criar a divisão das normas para o ato estatal livre de falhas. E as mesmas deficiências, as quais a teoria do direito privado encontra em um negócio jurídico, são atribuídas por *Kormann* ao ato estatal. E o que mais chama atenção: todas as quatro categorias oferecem a ele casos de nulidade, não existe nenhum grupo de normas que determinam atos estatais que em princípio poderiam fundamentar [algo outro que] não a nulidade. *Kormann* parece não notar que já seu sistema dos

⁷⁵ Op. cit., p. 288 ss.

⁷⁶ Op. cit., p. 229.



fundamentos da nulidade se encontra em contradição com sua suposição de que a nulidade seria uma rara exceção! Enquanto, p. ex., *Jellinek* declara o ato estatal materialmente incorreto como em princípio apenas anulável, ao passo que em todas as outras categorias de falhas restantes ele supõe a regra da nulidade como efeito, em princípio *Kormann* estabelece para *todas* as categorias de falhas a possibilidade dos efeitos da nulidade e refere a mera anulabilidade em um ou outro grupo como efeito excepcional. Desse modo ele retira [do grupo] das deficiências de conteúdo todas aquelas que consistem em um “conteúdo não permitido, contrário à lei, mas não impossível”⁷⁷, e apenas com relação a estas ele permite que valha como efeito a mera anulabilidade; ela [a nulidade] constitui conforme sua apresentação não apenas uma exceção dentro do grupo das deficiências quanto ao conteúdo, as quais em geral possuem como consequência a nulidade, mas também uma exceção frente a todos os outros grupos de deficiências, da impossibilidade e das deficiências quanto à forma ou [quanto] à vontade; todas elas serão reconhecidas por *Kormann* como fundamentos da nulidade. De fato entre as deficiências da vontade *Kormann* declara até mesmo a falta da capacidade para a prática de negócios jurídicos do órgão como fundamento da nulidade, enquanto *Walter Jellinek* não quer ver nisto nem um fundamento da nulidade de lege lata, nem de lege ferenda.⁷⁸ A apresentação que *Kormann* deu dos fundamentos da nulidade do ato administrativo, a série estatal de fundamentos da nulidade que ele desenvolveu, não deixa nem de longe a impressão de que sua regra, certamente formulada de forma bem vaga e indeterminada, mostrou-se confiável frente à nulidade apenas excepcionalmente vigente do direito público. Na verdade, em geral, assim como com relação à questão sobre os limites entre nulidade e anulabilidade, *Kormann* se aproximou do direito privado. A oposição entre direito público e privado, sobre a qual *Kormann* sempre fala, não influenciou de forma essencial seus resultados; de fato não se pode evitar a impressão de que *Kormann* é conduzido por seu instinto

⁷⁷ Op. cit., p. 279.

⁷⁸ Cf. *Kormann*, Op. cit., p. 285 ss. e *Walter Jellinek*, Op. cit., p. 59 ss.



jurídico correto a não se deixar confundir muito pela imagem enganadora da oposição entre direito privado e público, e recorrentemente encontra o caminho para o tratamento jurídico formal, porém desta forma ele também encontra as doutrinas gerais do direito privado, nas quais a cultura jurídica mais antiga garante uma estrutura metodológica correspondente dos conceitos.

c) A partir da natureza lógico-jurídica da nulidade e da anulabilidade conforme os princípios positivistas

No tratamento dado pela nova literatura ao problema da nulidade a carência de normas sobre a nulidade [que possuam a natureza] jurídico-positiva será repetidamente destacada. Assim *Kormann* ressalta que as leis fundamentalmente silenciam a respeito da questão sobre quais deficiências possuem o efeito da nulidade⁷⁹, e *Jellinek* complementa: “Sobre a medida mínima das exigências de um ato estatal válido ela (a lei) não fala absolutamente nada ou pouco; em nenhum caso são listados de forma sistemática os requisitos incontornavelmente necessários de um ato estatal, também não nos ordenamentos processuais, e muito menos nas leis administrativas. A *anulabilidade* de um julgamento ou ação, por outro lado, por conta do órgão funcional ou do ato da anulação, é a propriedade normal do ato estatal eivado de falha, [o qual é] ao menos quanto aos julgamentos do ordenamento jurídico regulado em todas as suas particularidades.”⁸⁰ Que esse silêncio da lei com relação à questão da nulidade possua bons motivos, que precisamente o silêncio precise ser determinante para a resposta à questão sobre quando existe uma nulidade, [isto] permanece não esclarecido pelos autores. A questão a respeito da qual se está tratando não pode ser de modo algum respondida de forma direta a partir do ordenamento jurídico positivo, mas sim apenas pela lógica jurídica. Todas as exigências do ato estatal *livre de falhas* dizem respeito – algo que também

⁷⁹ Op. cit., p. 228-229.

⁸⁰ Op. cit., p. 125.



Walter Jellinek corretamente destacou⁸¹ – a prescrições de direito positivo. E de fato todas [essas exigências] possuem desde o início o mesmo significado: para a interpretação jurídica, para a teoria e práxis do direito positivo, todas são fundamentos cognitivos para o julgamento de que está presente um ato estatal. Quando alguma hipótese de incidência – uma ação humana – deve ser vista como ato estatal, i. e., como imputável ao Estado, é preciso ser verificado se ela [a ação] corresponde às condições estabelecidas no ordenamento jurídico com relação à forma e conteúdo para a imputação. E quando até mesmo apenas *uma* exigência falta, então o julgamento de imputação, conforme os princípios lógicos gerais, não pode ocorrer. O julgamento negativo, [conforme o qual] uma hipótese de incidência imputável ao Estado, [conforme] o qual um ato estatal *não* está presente, é idêntico com o julgamento de nulidade, a saber, com aquele [julgamento de nulidade] que expressa de modo ainda mais preciso do que o outro [julgamento, o seguinte]: está presente um ato estatal *nulo*, pois um ato estatal nulo é um não-ato estatal. Portanto, de modo algum o ordenamento jurídico precisa destacar de forma expressa que a deficiência de alguma exigência geraria a nulidade. Pois na medida em que ele estabelece uma exigência para o ato estatal, e além disto silencia sobre o efeito da deficiência, *é preciso* aceitar a interpretação [que afirma a] *nulidade* como efeito da deficiência. Caso, contudo, apesar da deficiência o ordenamento jurídico declare uma exigência como fundamento da nulidade, então ele realiza algo que é supérfluo. Tal declaração teria um significado declaratório, mas de forma alguma juridicamente relevante. Ela seria sem propósito, tal como talvez a determinação incluída no código penal na proposição jurídica sobre o furto, conforme a qual aquele que *não* furta não deve ser punido. Considerada do ponto de vista lógico-jurídico a nulidade é juridicamente algo no todo negativo, ela não é antijurídica, mas sim a-jurídica, não *ilícito*, mas sim não-lícito [es ist nicht anti-, sondern a-rechtlich, nicht Unrecht, sondern Nichtrecht], algo que se encontra completamente fora da superfície jurídico-cognitiva. O julgamento lógico que afirma a nulidade afirma

⁸¹ Op. cit., p. 49.



a deficiência de qualquer qualificação que poderia ser atribuída através do ordenamento jurídico: ilícito ou lícito são consequências relacionadas ao ilícito (pena, execução) ou consequências jurídicas em sentido estrito (modificação de obrigações e direitos), conforme [estas sejam] qualificadas pelo ordenamento jurídico.⁸² Apenas se expressa que o ordenamento *não* qualificou [algo]. Consequentemente é completamente equivocado esperar do ordenamento que ele ao lado das exigências positivas ao ato estatal também devesse listar de forma sistemática os fundamentos da nulidade, pois é um absurdo que o ordenamento jurídico, quando ele já apresentou os requisitos com relação aos quais determinados efeitos jurídicos estão vinculados, ainda inclua de forma expressa que em caso de ausência destes requisitos os efeitos jurídicos *não* devem se manifestar.

Caso alguma exigência estabelecida no ordenamento jurídico ao Estado não devesse possuir este significado, [o qual é] *normal* a partir do ponto de vista lógico-jurídico, então ela precisa ser determinada pelo ordenamento jurídico expressamente ou então de forma unívoca. Enquanto o julgamento lógico de que uma deficiência gera a nulidade afirma um *nada* jurídico e, portanto, pode ter e tem como premissa o *silenciar* do ordenamento jurídico, o julgamento lógico que afirma uma deficiência como fundamento da anulação expressa um algo jurídico, algo juridicamente positivo. Ele afirma que a deficiência precisa ser tornada *vigente* para que então ele tenha um efeito; e ele afirma ainda *qual* efeito o tornar vigente possui: se a eliminação do ato [gera efeito] *ex nunc*, *ex tunc* ou algum outro; tudo isto, contudo, não pode ser inferido do *silenciar* do ordenamento jurídico. Para isso existe a necessidade de uma determinação positiva do ordenamento jurídico. Não se trata de um [princípio] de direito privado ou de direito público, trata-se de um princípio da lógica jurídica que aquelas deficiências que têm de ser vistas como fundamentos da anulação precisariam ser indicadas desta forma pelo ordenamento jurídico, assim como precisa ser

⁸² Que “a consequência do ilícito tenha que ser vista como” a única e definitiva “consequência jurídica”, a este respeito não se pode entrar em detalhes neste contexto, assim como com relação ao conceito de consequência jurídica; a esse respeito, cf. meu Hauptprobleme, p. 290 ss.



determinado de modo preciso pelo ordenamento jurídico quais efeitos a anulação deve ter. A partir da “natureza da coisa” algo assim não se deixa deduzir do silêncio do legislador. Dessa forma a situação atual dos ordenamentos jurídicos positivos, que de fato regularmente enumeram fundamentos da anulação, mas não da nulidade, justifica-se plenamente [do ponto de vista] lógico-jurídico.

Caso deva existir uma diferença entre as exigências do ato estatal estabelecidas no ordenamento jurídico, caso existam pressupostos “incondicionalmente necessários”⁸³, cuja deficiência signifique a nulidade, e, ao lado destes, aqueles [pressupostos] que não *necessariamente* são necessários, na medida em que sua deficiência apenas gere a anulação, então esta diferença apenas pode ser estabelecida pelo próprio ordenamento jurídico, e de fato de nenhuma outra forma, senão que o ordenamento jurídico, com relação a toda exigência que não é [incondicionalmente] *necessária*, ou seja, [que é] apenas *condicionalmente* necessária, *expresse esta condição expressamente*, [a condição] sob a qual existem fundamentos cognitivos necessários do julgamento lógico, i. e., mentalmente necessários, [a condição] que afirma um ato estatal, que imputa uma hipótese de incidência ao Estado. Essa condição é precisamente o tornar vigente a deficiência, [essa condição] é a anulação. Quando alguma deficiência não significa alguma nulidade, mas sim “apenas” a anulabilidade do ato estatal evitado de falha, então isto pode ser [assim] apenas na medida em que o ordenamento jurídico estabelece a exigência faltante com a condição de que sua deficiência é vigente [aplicável], i. e., o ato estatal será anulado e será eliminado pelo Estado. Enquanto a falta de uma exigência incondicional pode ser constatada por qualquer pessoa, a falta de uma exigência condicional precisa ser constatada pelo Estado tendo por fundamento a anulação que ocorreu. Caso certas deficiências do ato estatal em virtude de uma prescrição positiva não conduzam à nulidade, mas sim à “mera” anulabilidade, então isto apenas possui o significado de que o ordenamento jurídico, a avaliação de uma parte do fundamento cognitivo, a qual se apoia no julgamento de imputação, conforme o

⁸³ *Walter Jellinek, O. cit., p. 59.*



qual se está diante de um ato estatal, retirou a autoridade lógica do indivíduo e preservou a autoridade estatal. Para tal retirada e tal preservação é preciso uma prescrição de direito positivo, os fundamentos para a anulação – bem ao contrário dos fundamentos da nulidade – precisam estar indicados como tais de forma expressa na lei. Fundamento da anulação é apenas a falta de uma exigência *condicional* e a condição é a seguinte: Essa exigência é apenas necessária pela primeira vez no momento, [ou], respectivamente, sua deficiência apenas torna o ato estatal nulo pela primeira vez no momento no qual o Estado constatou a deficiência a respeito da anulação e *eliminou* o ato estatal, pois toda anulação deve conduzir apenas de forma posterior à eliminação do ato estatal. Por isso *a anulabilidade é apenas uma nulidade condicionada*. E quando é incorreto falar de um fundamento da nulidade de um ato estatal eivado de falha, pois não existe qualquer ato estatal, então também não é permitido frente a um fundamento de anulação designar o ato estatal como eivado de falha. Pois enquanto o ato estatal não foi anulado, enquanto a existência da deficiência afirmada não é estabelecida por parte do Estado e é contemplada através da eliminação do ato, [enquanto isto] com relação à esfera cognitiva jurídica ainda não basta o fundamento cognitivo de que o ato poderia ser sinalizado como eivado de falha. Ainda é questionável se a deficiência afirmada pelo indivíduo existe, enquanto ela não foi estabelecida e levada em consideração pelo Estado, e, portanto, ainda não satisfaz a condição à qual esta deficiência está vinculada. Assim como um negócio jurídico com uma condição resolutiva não pode ser visto como dissolvido antes da entrada da condição, da mesma maneira não é permitido declarar como eivado de falha um ato estatal anulável antes do processo de anulação a ser conduzido. Entretanto, assim que esse acaba, [assim] que a falha tenha sido constatada pelo Estado, o ato também já precisa ter sido eliminado, portanto, não mais existe um ato estatal. Tal precisão terminológica não é apenas um jogo de palavras. Pois precisamente a terminologia imprecisa e descuidada não é em pequena medida culpada [pelo fato de] que as relações originais dos conceitos venham a ser obscurecidas.



Eu não irei esconder que o único princípio aqui reconhecido como correto poderia ser recebido na prática da aplicação do direito como inoportuno, na medida em que várias deficiências, as quais não são tornadas pela lei positiva de forma expressa como fundamento para a anulação, não parecerão sérias o suficiente para [constituírem] um fundamento da nulidade. Por si só a teoria do direito positivo não pode possuir a tarefa de remediar a omissão do legislador. Ela não pode se pôr no lugar do legislador sem violar seus fundamentos metodológicos, sem entrar em contradição com seus próprios pressupostos. E com tal atitude, cujas esplêndidas pretensões não devem ser negadas, que ultrapassa os limites da competência, ela lesa não apenas a si própria, ela também lesa o ordenamento jurídico, o qual ela apenas tem de compreender, não melhorar, na medida em que ela decide oferecer o maior incentivo a esta pseudoteoria do preenchimento das “lacunas” do legislador do ordenamento jurídico, [deixando assim de] satisfazer sua tarefa natural, [nesta medida ela] desvincula o legislador de sua tarefa de modificar o ordenamento jurídico e melhorar as lacunas através do preenchimento [destas].

O significado prático do fato de que em relação aos fundamentos da anulabilidade os fundamentos da nulidade ocupam um espaço muito grande será, a propósito, sobrevalorizado de forma simplificada. Pois na realidade apenas muito raramente se irá fazer uso pleno do benefício que a nulidade assegura de forma diferente em relação à anulabilidade, e [desta maneira] correr o risco de ignorar uma hipótese de incidência, a qual se manifesta com a aparência de valer como ato estatal, por conta de um suposto fundamento da nulidade. O caso em que a nulidade do ato é colocada como fora de dúvida e evidente para qualquer um deve ser muito raro; mesmo o comando do Capitão de Köpenick tem de ser respeitado como ato estatal, ainda que muitas dúvidas possam surgir. Em regra, a questão sobre se uma deficiência que fundamenta a nulidade está presente é uma questão jurídica muito debatível, a respeito da qual até mesmo um operador do direito não deveria arriscar [responder], caso o erro possa ser vinculado com consequências desagradáveis. Em regra, a nulidade será



tornada vigente primeiramente frente ao organismo estatal, mesmo quando se poderia correr o risco de confiar em seu próprio juízo e seu próprio conhecimento jurídico, e ignorar um ato [por ser ele] nulo. Quantos irão deixar de seguir a ordem de prisão de um funcionário da polícia, apenas pois eles consideram o funcionário legalmente incompetente ou agindo de má-fé, [ou então] irão simplesmente ignorar um julgamento, pois eles consideram o juiz insano, pois a incapacidade para negócios jurídicos e a má-fé, pois a doença mental do funcionário são fundamentos da nulidade, particularmente quando a própria teoria moderna a respeito dos casos particulares possui posições ambivalentes sobre os casos particulares? E por fim, de que forma alguém se beneficia do melhor conhecimento, do juízo correto, quando um ato que alguém considera nulo não for reconhecido como nulo pelo organismo estatal, ainda que de forma incorreta? O saber de que aqui se está diante de um ilícito do órgão – certamente um [ilícito] não punido e não punível – não permitiria a ninguém ficar plenamente satisfeito. Por isso na grande maioria dos casos também a nulidade será deixada para ser constatada pelo Estado e a diferença prática em relação aos casos de anulabilidade consiste apenas no fato de que a decisão estatal, no primeiro caso, apenas estabelece de forma puramente declaratória que o ato em questão nunca foi um ato estatal, enquanto, por outro lado, no segundo caso, ela é constitutiva, [de modo que] o que era até então um ato estatal será eliminado com efeito ex nunc ou ex tunc.

A partir deste fundamento também a questão sobre como o legislador deve estabelecer a fronteira da anulabilidade em relação à nulidade não é muito problemática. Seria pensável que um ordenamento jurídico, a fim de destacar o significado do ato estatal frente aos negócios jurídicos privados, a tudo o que de alguma maneira possuísse a aparência de um ato estatal, que surgisse com a reivindicação de ser um ato estatal, atribuisse uma presunção de validade nesta medida, [de tal forma que] ele excluiria o instituto da nulidade de atos estatais como um todo ou apenas com raríssimas exceções, e declarasse *todas* as deficiências dos atos estatais como fundamentos da anulação. Certamente uma



situação dessa espécie não seria menos insuportável do que aquela na qual toda deficiência significasse a nulidade, pois mesmo a prática mais ridícula [como aquela do] Capitão de Köpenick precisa de um processo especial e de um ato estatal de eliminação, a fim de se tornar juridicamente sem efeitos. Por si só ambos os casos extremos não possuem significado teórico, pois eles não se realizam em nenhum ordenamento jurídico positivo. Os legislativos, de forma muito racional, mantiveram-se *dentro* desses extremos. E quando se tenta encontrar o princípio material, conforme o qual os legislativos dos Estados modernos estão inclinados a delimitar em termos gerais a extensão dos fundamentos para a anulação frente aos fundamentos da nulidade – trata-se quanto a isto de forma alguma de uma regra sem exceções e [também] não [se trata] de um postulado ideal de direito natural, mas sim de uma constatação de relações de direito positivo –, então talvez fosse possível chegar ao resultado que a deficiência daquela exigência que eu acima designei como [possuindo] caráter material e que coincide, por exemplo, com o que *Walter Jellinek* chama de exigência da correção material, aquelas deficiências que *Kormann* tem em vista com a rubrica “conteúdo contrário à lei, mas não impossível”, tem de ser reconhecida como fundamento de direito positivo para a anulação, enquanto o usual, a falta de alguma exigência formal, quando existe o silêncio do legislador, vige como fundamento da nulidade. Esse resultado, o qual corresponde às investigações de *Kormann* e *Walter Jellinek* sobre a natureza da coisa, de fato precisa se mostrar estranho àquele que se encontra [adotando o] ponto de vista de que quanto mais *importante* é uma prescrição, tendo em vista seu conteúdo, tanto mais grave é sua violação, quanto mais importante é a deficiência, tendo em vista seu significado interno, tanto mais adequada se apresenta a [situação] para um fundamento da nulidade, enquanto as deficiências leves justificam uma “mera” anulabilidade. A partir de tais pontos de vista é na prática exatamente o contrário [o que ocorre], [a saber,] que um julgamento seja por conta da incorreção material “meramente” anulável, mas que ele seja nulo por conta da violação de alguma prescrição formal, de uma norma de competência ou algo



semelhante. Por si só não é esse estabelecimento de limites entre a nulidade e a anulabilidade, mas sim o ponto de vista o que está ao contrário; pois esta divisão das deficiências em mais ou menos importantes e esta classificação dos efeitos, conforme a qual a nulidade se encontra no primeiro posto e a anulabilidade no segundo posto, é algo de caráter plenamente individualista, ela ocorre sob a perspectiva estabelecida pelo indivíduo em oposição ao Estado ou ao legislador, e por isto é inadequada, conforme sua natureza, para o ponto de vista coletivista do legislador, para uma perspectiva que parte do Estado. Caso a correção material de um ato estatal – a qual apenas é mais importante para o indivíduo, a “parte” interessada, do que a correção formal – for colocada em questão, caso uma deficiência material seja afirmada, então não se deve esquecer que a decisão desta questão é apenas altamente subjetiva e quase nunca é possível com certeza objetiva. Não é preciso ser um cético, mas não é possível deixar de saber que também aqui o problema em questão se manifesta: “O que é a verdade?” Fundamentalmente é incorreto quando sempre se parte de um pressuposto não mencionado para o tratamento teórico do problema do ato estatal, que a falha em questão está determinada ou é determinável com absoluta certeza. Na realidade, na maior parte dos casos ocorre que frente a um ato estatal, i. e., um ato, o qual afirma ser um ato estatal e, conforme sua natureza, também um ato estatal livre de falhas, pelo lado da “parte”, i. e., de um indivíduo que não é idêntico ao Estado ou ao órgão que estabeleceu o ato estatal, [na maior parte destes casos] um indivíduo que está voltado *contra* o Estado, será afirmada uma *falha*. Na maioria das vezes ficarão frente à frente a afirmação do indivíduo e a afirmação do órgão. Caso um “inocente seja condenado”, isto significa apenas que o órgão sustenta o julgamento de culpado, mas outro [indivíduo] o considera inocente. A questão sobre se os pressupostos exigidos pelo ordenamento jurídico para um ato estatal estão presentes ou não, [esta questão] não se deixa resolver com tal certeza, com tal segurança e exatidão, tal como [se resolve] a questão sobre se algo é um ácido ou uma base. Uma vez que é simplesmente evidente que o Estado dá preferência à sua própria afirmação, [assim como] frente a certas exigências – a saber,



precisamente aquelas a respeito das quais é possível um desacordo de opiniões – , uma diferença entre órgão e indivíduo é possível de forma mais fácil, pois o indivíduo, o submetido, precisamente nesta direção está mais interessado, a saber, com relação às exigências da correção quanto à coisa ou material, [por isto] uma falha apenas será admitida como presente, caso não apenas o indivíduo, a “parte”, a sociedade (pensada em oposição ao Estado), caso o Sr. Fulano afirme uma tal deficiência, mas sim também quando o próprio Estado estabeleceu e levou em consideração a falha. Que desta forma o Estado posiciona sua própria autoridade sobre a razão soberana do indivíduo, sobre isto não há qualquer dúvida. Mas quando se dá ao Estado o direito de punir aquele que furtou, também se *precisa* dar a ele o direito de estabelecer de forma autoritativa se alguém é responsável pela prática do furto. E parece que o último [o dar ao Estado o direito de estabelecer de forma autoritativa se alguém é responsável] seria o maior sacrifício que o coletivo exige do indivíduo. Certamente um sacrifício, o qual precisa vir a existir em todas as circunstâncias. De fato se pode dizer que a essência da autoridade estatal, o sentido da submissão do indivíduo sob o Estado, não se encontra tanto no exercício do poder impositivo estatal, mas muito mais, talvez exclusivamente, nesta submissão não da vontade particular, mas do pensamento individual, do juízo. Pois enquanto permanece reservado ao indivíduo ou à sociedade livre estabelecer se os pressupostos para a exteriorização do poder estatal no caso concreto estão presentes, se a hipótese de incidência da realidade corresponde àquela do ordenamento jurídico – a qual também apenas o indivíduo, a sociedade livre, estabeleceu –, enquanto isto o indivíduo se encontra fundamentalmente acima do Estado. De forma adequada *Walter Jellinek* afirma que então “o juiz submetido aos *órgãos estatais*” seria “o juiz a respeito de si próprio”⁸⁴.

⁸⁴ Op. cit., p. 104.



§ 11º A relação do ilícito do Estado com o ato estatal eivado de falha

Por outro lado, *Walter Jellinek* se equivoca completamente quando pretende dizer que essa ratio, conforme a qual os ordenamentos jurídicos tornariam as deficiências materiais do ato estatal fundamentos para a anulação, estaria em contradição com a concepção de que o Estado não poderia praticar qualquer ilícito. Ele afirma: “Que se fale de julgamentos equivocados de órgãos estatais e que se executem atuações equivocadas (ele compreende como atos estatais “equivocados” os atos *materialmente incorretos*, nos quais a deficiência se encontra no saber, não no querer), infelizmente não se pode mudar nada. Certamente contraria a ideia do Estado que ele atue de outra forma, senão como exige a lei; o direito incorporado não pode praticar o que é ilícito (aqui *Walter Jellinek* cita as conhecidas explicações de *Georg Jellinek* sobre o ilícito do Estado). Mas observar a incorreção material dos julgamentos e atuações estatais como não presentes, pois elas em verdade não mais teriam influência sobre a vontade do Estado, isto apenas será mais doutrinação jusnaturalista.”⁸⁵

Primeiramente se mostra muito injustificado quando *Walter Jellinek* identifica o ilícito do Estado precisamente como o ato estatal materialmente incorreto! Não é possível ver porque não também o ato estatal formalmente incorreto, porque o ato estatal de alguma outra forma eivado de falha não pode exibir o “ilícito do Estado”, quando claramente apenas a “capacidade de possuir falhas” do ato significa o “ilícito”.

Pois o ato estatal eivado de falha e o ilícito estatal não são em princípio exatamente a mesma coisa. “Ilícito” é conforme a única compreensão correta uma [hipótese de incidência] qualificada de forma positiva pelo ordenamento jurídico, e de fato aquela hipótese de incidência, à qual uma consequência do ilícito, punição ou execução, é estabelecida. Não se *deve* nem é *permitido* estabelecer [setzen] o ilícito, mas ele *pode* ser praticado. Que tal hipótese de incidência do ilícito nunca possa ser imputada ao Estado, isto já foi explicado. Contraria o

⁸⁵ Op. cit., p. 104.



sentido da imputação ao Estado, é jurídico-logicamente impossível. Mas o ato estatal eivado de falha, sob o qual *Walter Jellinek* subsume o ilícito do Estado, não é de forma alguma um “ilícito” no sentido técnico da palavra acima [referido]. Caso se trate de um ato estatal nulo, então está presente uma hipótese de incidência, a qual o ordenamento jurídico de forma alguma qualifica. Não se pode dizer que ao Estado não é permitido estabelecer um ato estatal nulo, mas [que ele] ainda assim o estabelece, assim como aos submetidos não é permitido furtar, mas ainda assim, excepcionalmente, eles furtam. Pois o Estado não pode estabelecer um ato estatal nulo, algo assim seria juridicamente *impossível*, não proibido; um ato estatal nulo é precisamente [algo que] de nenhuma forma é um ato estatal. Aqui uma terminologia meramente imprecisa conduz à representação falsa, conforme a qual existiriam atos estatais, os quais possuiriam a deficiência da nulidade. E caso esteja presente um ato estatal anulável, então desta forma está presente tão pouco quanto uma hipótese de incidência do ilícito. E esse ato estatal também é eivado de falha apenas *de forma condicional*; caso a condição seja satisfeita, também o ato precisa ser eliminado, ele não é mais um ato estatal. Caso se pretenda designar com [a expressão “]ilícito do Estado[“] o “ato estatal eivado de falha”, então também neste sentido o ilícito do Estado é uma representação não executável. Porém isso não é um postulado do direito natural – tal como quer afirmar *Walter Jellinek* –, mas sim da lógica jurídica.⁸⁶

§ 12º O ato legislativo eivado de falha e o delito do Estado [com natureza de] direito internacional

Não se deve julgar os atos eivados de falha dos denominados órgãos legisladores conforme os pontos de vista apresentados. Deixado de lado [o fato de] que os atos do legislar, i. e., as funções do parlamento e do monarca que formam o processo legislativo, de modo algum são imputáveis como atos estatais da pessoa do Estado, pois aqui falta toda regra [sobre o tema], de tal forma que

⁸⁶ Cf. também abaixo, p. 134 s.



também o processo legislativo livre de falhas, correto, tem de ser visto não como função do Estado, mas sim como função da sociedade⁸⁷, deixando isto de lado, caso os pressupostos legais para a criação de uma lei não sejam satisfeitos, [então] não está presente de forma alguma nem um ilícito no sentido jurídico próprio, nem um ato estatal eivado de falha, mas sim, juridicamente, nada. Pois é precisamente [de tal forma que,] caso faltem os pressupostos exigíveis, [então] não surge qualquer vontade do Estado, [pois] falta o fundamento cognitivo necessário para o julgamento de que uma lei se faz presente; isto, o que se apresenta como lei, não é uma lei. Contudo, caso falte um direito de verificação judicial, de tal forma que tudo o que for publicado como lei precisa ser aplicado como lei, sem levar em consideração outros pressupostos, então todo deixar de observar as determinações legais existentes para o vir a surgir uma lei significa uma violação da constituição juridicamente não representável. A decisão e a sanção de uma lei que modifica a constituição sem observar as formas constitucionais, em todo Estado no qual um direito de revisão judicial das leis não é reconhecido, é tão juridicamente inconcebível, assim como uma revolução ou uma paralisia completa da máquina estatal. Não se pode colocar tal fato como [se fosse] o ilícito do Estado [que estaria] ao lado do ilícito dos sujeitos usuais, tal como o fez, p. ex., *Georg Jellinek*. Pois o ilícito é uma hipótese de incidência juridicamente qualificável e de fato qualificada juridicamente desta forma, de tal modo que ela forma um pressuposto para a função jurídica do Estado, corresponde à parte inicial da proposição condicional de uma proposição jurídica, enquanto o caso de um ato legislativo eivado de falha é [algo que está] absolutamente sem relação com o ordenamento jurídico, que se encontra fora de todo julgamento jurídico. Outro caso no qual *Georg Jellinek* acredita dever ver um ilícito do Estado é o [o caso que ocorre] “quando *todos* os elementos do poder estatal se reúnem a fim de estabelecer o arbítrio no lugar do direito, a fim de violar obrigações, as quais eles precisariam reconhecer como tais”.⁸⁸ Já aqui não

⁸⁷ Cf. a esse respeito meu Hauptprobleme, p. 405 ss.

⁸⁸ Cf. *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Wien, 1880, p. 33.



se pode falar de um ilícito do Estado, na medida em que se trata do comportamento de um órgão executivo, mas sim precisamente de todos os órgãos do Estado, caso não se prefira tratar tais fracassos plenos do aparato jurídico em uma construção jurídica. Encontrar uma fórmula jurídica para a destruição de um ordenamento jurídico, isto parece ser um início inútil.

Algo diferente ocorre no caso em que será afirmado sobre um ato legislativo formalmente livre de falhas que ele exibe um ilícito estatal; assim [ocorre], p. ex., caso os denominados pela legislação “direitos completamente adquiridos” sejam suspensos. Que aqui não se possa falar de um ilícito no sentido jurídico, mas no máximo de um [ilícito] moral, isto é evidente. Se o Estado, quando através de uma lei possui excepcionalmente a capacidade de exercer um poder retroativo, de suspender direitos, os quais surgiram sob uma proposição jurídica previamente vigente, está sujeito a uma obrigação de indenizar, esta questão, conforme os postulados fundamentais do positivismo, conforme os quais toda obrigação jurídica, também aquela do Estado, necessita de um estabelecimento através do ordenamento jurídico, tem de ser respondida afirmando que para sua fundamentação é necessária uma prescrição legal. Caso a lei silencie não é possível fazer valer uma reivindicação de indenização.⁸⁹

Por fim cabe colocar a questão sobre se um ilícito de direito internacional, sobre se um *delito* de direito internacional do Estado é ou não pensável.

O ilícito é uma hipótese de incidência, a qual se põe em contradição com uma norma. Dependendo de ser esta norma uma norma jurídica ou uma norma moral, ou então uma norma que possua outro caráter, está presente um ilícito jurídico, ético ou de outra espécie, [sendo que] *ilícito* possui o mesmo significado que *desalinhado*, *ilícito* é *desalinhado*. Que existam normas através das quais serão estatuídas mutuamente obrigações dos Estados que pertencem à denominada comunidade de direito internacional, isto não se questiona. Questionável é apenas se tais normas são normas jurídicas, se as obrigações por elas estatuídas são obrigações jurídicas. Contudo a questão sobre se uma hipótese de incidência

⁸⁹ Cf. no sentido oposto *Gierke*, *Genossenschaftstheorie*, p. 801.



que viola estas normas de direito internacional é imputável ao Estado particular, pode ser afinal pensada, é absolutamente independente da questão sobre se as normas violadas são ou não normas jurídicas, sobre se a hipótese de incidência que viola [tal norma] é um ilícito no sentido jurídico – um delito de *direito* internacional – ou um ilícito em algum outro sentido.

Não pode haver dúvida que também estas normas internacionais – que possivelmente são normas de *direito* internacional –, assim como as normas de todas as outras espécies, poderiam imputar uma hipótese de incidência violada a qualquer pessoa. Essa imputação, a vinculação de alguma hipótese de incidência externa a uma pessoa, é a função essencial de toda norma. As normas internacionais ou as denominadas normas de direito internacional poderiam, portanto, imputar sem mais uma hipótese de incidência violada – um denominado ilícito de direito internacional ou delito de direito internacional – a algum Estado conforme alguns pressupostos. Apenas seria equivocado acreditar que um denominado delito de direito internacional somente poderia ser imputado a alguma pessoa do Estado. Isso de forma nenhuma se origina a partir do conceito de violação de norma de direito internacional. Porém, caso a norma de direito internacional vincule à hipótese de incidência violada uma consequência do ilícito – e a denominada coerção, a qual tem de ocorrer no caso de violação de uma norma de direito internacional e da satisfação deficiente da obrigação relativa ao cumprimento da punição, será corretamente vista como uma consequência do ilícito⁹⁰ –, e quando a norma de direito internacional impõe esta consequência do ilícito sobre uma *pessoa do Estado* – conforme o entendimento majoritário, a consequência do ilícito de direito internacional apenas atinge um Estado –, então é precisamente a pessoa do Estado o sujeito da obrigação de direito internacional e do delito de direito internacional: A norma de direito internacional imputa a hipótese de incidência do ilícito de direito internacional à pessoa do Estado. Nesse contexto é irrelevante se a hipótese de incidência do ilícito foi estabelecida por um órgão estatal ou por um [indivíduo]

⁹⁰ Cf. *Liszt*, *Das Völkerrecht*, 5. Aufl., 1907, p, 198.



submetido [ao direito], ao qual falta a qualidade de órgão [do Estado]. A norma de direito internacional *pode*, mas ela não precisa tornar a imputação de uma hipótese de incidência violada condicionada à pessoa do Estado, [ao fato de] que esta hipótese de incidência – a partir de um tratamento corporal-causal ou psíquico-teleológico, ou do ponto de vista da imputação ética ou de direito interno de um Estado – tenha sido estabelecida por um órgão do Estado como tal, i. e., dentro de sua competência. De fato, a norma de direito internacional não limita sua imputação ao Estado dentro de fronteiras tão estreitas, pois conforme o direito internacional vigente também certas ações de *submetidos* que violam a norma do direito internacional, que de modo nenhum são órgãos do Estado, serão imputadas ao seu *Estado* na medida em que a consequência do ilícito de direito internacional é vigente para a pessoa do Estado, mas não [para a pessoa] do submetido.⁹¹

A possibilidade lógica de construir um delito do Estado de direito internacional apenas seria colocada em questão quando e na medida em que as normas de direito internacional fossem condicionais em relação ao seu conteúdo por conta de normas de direito do Estado, quando o sistema das normas de direito internacional formasse uma unidade lógica com os sistemas de normas jurídicas de direito interno individuais. As normas de direito internacional, por si só, são independentes em seu conteúdo das normas jurídicas dos Estados individuais. Dessa forma uma hipótese de incidência pode ser vista como um ilícito do Estado [do ponto de vista do] direito internacional, mas não [do ponto de vista do] direito do Estado. O pressuposto que exclui a adoção de uma hipótese de incidência do ilícito atribuível ao Estado que viola o ordenamento jurídico do Estado particular – a saber, que a vontade do Estado, a qual deve estabelecer o ilícito, seria idêntica com a vontade que exclui o ilícito no ordenamento jurídico do Estado –, este pressuposto falta na relação do Estado com o ordenamento de direito internacional. A vontade contida no direito internacional não é idêntica com a vontade que a pessoa do Estado particular

⁹¹ Cf. *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, p. 242.



exibe. O Estado se relaciona com o ordenamento de direito internacional nesse ponto – ainda que de forma alguma nos pontos usuais –, assim como a pessoa jurídica [se relaciona] com o ordenamento jurídico estatal. Assim como existe para a pessoa jurídica (com exceção do Estado), a partir do ponto de vista do ordenamento jurídico interno a um Estado, uma capacidade para o ilícito ou para a prática de delitos, da mesma forma existe para a pessoa do Estado, a partir do ponto de vista do direito internacional, uma capacidade para o ilícito ou para a prática de delitos. E do ponto de vista do ordenamento jurídico interno a um Estado um ilícito ou delito do Estado é tão impensável, quanto a partir do ponto de vista do ordenamento de direito internacional seria sem sentido e contrário à finalidade supor a possibilidade de um ilícito ou delito que pudesse ser imputado à comunidade de direito internacional, a qual é pensada como uma pessoa que está acima dos Estados particulares e que é a autoridade que estabelece as normas de direito internacional.

A questão sobre se o denominado delito do Estado de direito internacional é um ilícito no sentido jurídico, se as normas de direito internacional são normas verdadeiras, possui aqui interesse secundário. Apenas cumpre notar que as normas de direito internacional exibem em sua construção lógico-gramatical, e, portanto, tanto nos conceitos da obrigação e do direito dedutíveis dela, quanto na técnica de sua aplicação lógica, uma analogia extensa *formal* com as normas jurídicas estatais. De fato, parece ser apenas um problema terminológico, se [efetivamente] se deve formalizar em mais um grau o conceito da norma jurídica, ou – o que é o mesmo – ampliar [o grau deste conceito], e não apenas se deve deixar vigentes como normas os juízos hipotéticos, os quais atribuem a uma vontade condicionada da autoridade estatal [uma consequência do ilícito], mas sim também aqueles [juízos] que atribuem à vontade condicional de uma autoridade supraestatal uma consequência do ilícito. A única diferença que sempre se faz vigente entre o direito do Estado e o direito internacional é que a proposição jurídica estatal será realizada por um órgão específico (p. ex., um juízo), ao passo que a proposição jurídica de direito internacional será realizada



pela parte [prejudicada pela] violação, o Estado lesado, [e esta] não é [uma diferença] principiológica-formal, mas sim apenas quantitativa-material! Certamente significa um avanço material na organização do aparato jurídico, caso a proposição jurídica atribua poder para sua realização, ou seja, para a execução da consequência do ilícito, não ao lesado, mas a uma instância objetiva. Por si só a essência da proposição jurídica permanece desta forma plenamente não afetada, [seja] se ela [a proposição jurídica] declara o poder [capacidade de] querer executar ao lesado com relação à consequência do ilícito, vinculada a determinados requisitos, que é a pena ou a execução, ou a outro [indivíduo], obrigado profissionalmente à realização da aplicação do direito. Será tornado órgão do aparato jurídico, da autoridade do direito, da vontade jurídica do Estado ou seja lá como cada um queira designar, quando se pensa em um sistema fechado e lógico de normas específicas em sua validade deontica para uma pluralidade de pessoas, e nesta medida esta pluralidade de pessoas, tanto o juiz profissional e o executor profissional, quanto o lesado, [mas isto] apenas na medida em que o ordenamento atribui [a tal pessoa] o poder de realizar a consequência do ilícito. Apenas quando não se observa a essência do direito de modo puramente formal na formulação específica da norma jurídica, quando se inclui, isto sim, um momento material no conceito de direito e então se fala pela primeira vez de direito onde um *juízo* está presente, [apenas] então o direito internacional tem de ser visto nesta medida como nada mais do que o direito no sentido próprio e específico, na medida em que nenhum órgão profissional especial se desenvolveu, o qual estaria autorizado a realizar as normas de direito internacional.

Caso se reconheça um direito internacional como uma soma de normas, através das quais os Estados se tornarão obrigados entre si e que não serão estabelecidas pelos próprios Estados (ou seja, não um direito internacional como soma de normas, as quais o Estado particular estabelece com relação a seu comportamento frente a outros Estados através da lei ou do contrato, um direito internacional como parte constitutiva especial de todo direito do Estado), então



é preciso considerar que é possível um conflito entre direito do Estado e direito internacional, na medida em que o Estado particular viole uma norma de direito internacional quando da realização concreta de seu próprio ordenamento jurídico. E aqui é preciso esperar uma objeção séria, [a qual questiona] se é permitido designar da mesma forma como *direito* – por meio desta nomenclatura se provoca a aparência de uma unidade – dois sistemas de normas completamente independentes um do outro, a respeito dos quais, frente ao sujeito (o Estado), possivelmente se pode incorrer em uma colisão de obrigações. Também não se pode desviar da questão sobre que significado possui o deixar normas valerem como *direito*, [normas] cuja violação não implica em um ilícito do ponto de vista das outras normas, as quais também carregam o nome direito usualmente desde sempre. Que se façam presentes inúmeros sistemas jurídicos *uns ao lado dos outros*, cujas normas se contradizem desta forma, [de tal modo] que não raramente o que é lícito para um, é ilícito para o outro – pensa-se nas diferenças dos vários sistemas jurídicos nacionais –, isto se pode considerar como uma refutação formal da objeção levantada. Por si só materialmente e como fim último o direito internacional não se coloca em questão como algo *ao lado* dos ordenamentos jurídicos dos Estados particulares, mas sim como um sistema normativo que busca aprovação [como estando] *acima* desta validade [dos ordenamentos dos Estados particulares], e sua essência apenas pode ser satisfeita em sua sobreposição acima de todo direito estatal.



4. Ilícito do Estado e responsabilização do Estado por seus órgãos

§ 13º O significado lógico-jurídico do dogma da infallibilidade jurídica do Estado

A questão sobre se o Estado poderia agir de forma ilícita consiste exclusivamente em um problema da construção jurídica. O postulado de que se deve evitar o ilícito do Estado está orientado apenas à teoria jurídica, não, porém, à prática do legislar ou da administração. É um postulado, o qual precisa ser satisfeito pela construção jurídica caso ela queira continuar sustentando a personalidade unificada do Estado, uma exigência teórica, a qual ela também pode satisfazer através da via previamente indicada. Por isso é completamente equivocada a perspectiva segundo a qual o princípio de que o Estado não poderia praticar qualquer ilícito apenas seria válido de forma ilimitada para o Estado ideal, [e] que, portanto, a prática dos Estados concretos não poderia realizar este princípio sem exceções. Pois a proposição do direito do Estado inglês [que afirma] *The king can do no wrong* não tem de corresponder à prática, mas sim à teoria do Estado, e a esta proposição não se deve vincular o significado de que o legislar e a administração deveriam se esforçar para evitar o ilícito estatal, mas sim que à doutrina não é permitido reconhecer em qualquer ato um ilícito do Estado.

Nisso está o erro de *Georg Jellinek*, que ele, a partir de certos casos de suposto ilícito do Estado, p. ex., quando o ato do órgão eivado de falha e que ultrapassa a competência possui o efeito de um ato estatal, derive de lege ferenda a *exigência ao Estado* de aumentar as garantias para a observância estrita das competências em questão. Ele afirma que a imagem plena do Estado corresponderia [ao fato de] que a vontade do órgão que ultrapassa a competência [delimitada] não seria mais do que a vontade do Estado. Apenas na imagem ideal do Estado a proposição do direito estatal inglês precisaria se distender para



[compreender] a verdade infalível de que o Estado não poderia praticar [algo que fosse um] ilícito.⁹² Por si só a imagem ideal do Estado não cria o Estado, mas sim a ciência, a qual certamente consegue por meio da construção jurídica atingir o que não seria possível ao Estado com todos os meios do legislar e do executivo: a impossibilidade absoluta do ilícito estatal.

§ 14º Responsabilização do Estado pela antijuridicidade [praticada por] seus órgãos

A compreensão equivocada da relação da teoria com a prática pode expor o dogma da infalibilidade jurídica do Estado também a partir do outro lado da questão. [Observa-se essa compreensão no seguinte argumento:] Caso de fato se acredite apenas poder justificar por meio de sua capacidade delitiva a *responsabilidade* do Estado que é digna de desejo em muitos casos, na medida em que se argumenta [da seguinte forma]: quando não se pode imputar ao Estado uma antijuridicidade, então também não se pode responsabilizá-lo por um dano causado em contrariedade ao direito que claramente apenas foi praticado por seu órgão. Mas esse argumento é falso!⁹³ Pois os danos causados em contrariedade ao direito permanecem de fato como ilícito do órgão e nunca podem ser vistos como ilícito da pessoa do Estado; por si só a responsabilização do Estado pelo dano causado por seu órgão é plenamente possível, ainda que apenas como responsabilização pelo ilícito de outro ou pela culpa de outro. Tal responsabilização do Estado, i. e., uma obrigação jurídica do Estado de ressarcir

⁹² Cf. System, p. 242.

⁹³ Ocorreu assim, p. ex., quando das deliberações sobre a determinação do art. 8 da constituição estatal sobre os direitos gerais dos cidadãos de 21 de dezembro de 1867, R.-G.-B. [Reichsgesetzblatt = diário oficial] Nr. 142, [quando a afirmação] “Toda prisão determinada ou executada em contrariedade à lei obriga o Estado à indenização do lesado” foi vista por parte do Barão de *Hock* na Câmara dos Senhores [*Herrenhaus*] como uma evidência positiva no sentido de “que a responsabilização do Estado pelas atuações funcionais em contrariedade às obrigações de seus funcionários não pode de forma alguma existir como direito”, [e neste sentido] considerou-se vigente o postulado de “que o Estado, uma comunidade, uma corporação, como tais eles não poderiam praticar tal ilícito”. Cf. Die neue Gesetzgebung Österreichs. Erläutert aus den Reichsratsverhandlungen I. 1868, p. 362.



um dano causado por um de seus órgãos, naturalmente apenas pode ser aceita tendo por fundamento uma proposição jurídica positiva. O Estado não deve ser aqui tratado de forma diferente do que todos os outros sujeitos de direito, frente aos quais toda obrigação de fazer [que é] afirmada necessita de um fundamento de direito positivo.

E esse princípio precisa encontrar aplicação na mesma medida para o direito privado, assim como para o direito público. Pois uma responsabilização do Estado pelos danos causados pela [conduta] antijurídica de seus órgãos não pode ser inferida a partir da natureza da relação do órgão, nem na esfera do direito privado, nem do direito público. Ainda assim a doutrina dominante irá diferenciar em princípio entre a responsabilização de direito privado e de direito público do Estado.⁹⁴ Apresenta-se o Estado conforme seu lado de direito privado como sujeito de negócios jurídicos, etc., como idêntico às pessoas jurídicas usuais, porém [também] como sujeito do império, i. e., na relação de direito público, afirma-se [então] que ele possui uma posição privilegiada. Dessa maneira afirma, p. ex., *Loening*: “A questão sobre se e em que medida ele (o Estado) será responsabilizável pelas atuações de seus funcionários, que têm de representá-lo como fisco, responde-se por si só a partir do direito privado. O Estado como fisco é idêntico às outras pessoas jurídicas.”⁹⁵

Portanto, quando conforme as prescrições gerais do direito privado as pessoas jurídicas usuais são responsáveis pelo ilícito de seus órgãos, então também o Estado – como fisco – é responsável pelo ilícito que seus funcionários praticaram. Por si só essa equiparação do Estado como fisco com todas as pessoas jurídicas usuais não é possível para a construção jurídica, tendo em vista os fundamentos anteriormente apresentados. Pode ser que se admita que o Estado se submeta ao direito privado como fisco.⁹⁶ Mas o que isso significa? O Estado também se submete como possuidor do império do ordenamento jurídico, [mas]

⁹⁴ Cf. *Loening*, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, 1879. *Jellinek*, System, p. 243 ss. *Dock*, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten. Archiv für öffentliches Recht, XVI, p. 247 ss.

⁹⁵ Op. cit., p. 93.

⁹⁶ *Loening*, Op. cit., p. 93.



naturalmente não ao direito privado, pois esta parte do ordenamento jurídico, precisamente por conta do objeto a ser regulado, será designada como direito público. Que o Estado se submeta ao ordenamento jurídico, e, portanto, o fisco [se submeta] ao ordenamento de direito privado, isto em si não significa nada, senão que ele sob as mesmas condições adquire as mesmas obrigações jurídicas e os mesmos direitos, assim como [ocorre com] os sujeitos de direito usuais; mas isto não significa que se possa imputar a ele algum ilícito. De forma muito precisa *Loening* observa: “Como pode uma atividade, a qual é antijurídica e se encontra em contradição direta com a vontade mais elevada do Estado, ser vista como uma atividade do próprio Estado?”⁹⁷ Mas isso deve valer apenas para o direito público? Caso a não-satisfação de uma obrigação jurídica privada seja uma antijuridicidade, então uma atividade, a qual se estabelece em contradição com a vontade do Estado que se manifesta no ordenamento de direito privado poderia valer como atividade do Estado? Caso, portanto, todas as proposições jurídicas que dizem respeito em geral às pessoas jurídicas fossem aplicáveis ao Estado como fisco, ainda assim continuaria existindo para a construção formal uma diferença essencial. Caso, p. ex., àquele que foi lesado em seus direitos fosse possível um processo e uma execução através do ordenamento jurídico tanto contra qualquer outra pessoa jurídica, como também contra o Estado e não [contra] o órgão violador, então desta forma teria sido construído não tanto um ilícito do Estado, como um ilícito da pessoa jurídica. Dessa forma apenas se cria a obrigação jurídica do órgão substituidor (do juízo de execução), [a obrigação] ao Estado, no lugar do órgão que se nega, em contrariedade à obrigação, a realizar a obrigação estatal a ser satisfeita. Se para atingir tal resultado basta uma proposição jurídica que diga respeito às pessoas jurídicas, a qual então apenas adota esta construção especial, este sentido especial em sua aplicação especial sobre o Estado, [esta] é uma questão de interpretação. Ao lado do fato de que

⁹⁷ Op. cit., p. 107. Caso *Loening* apenas queira permitir valer em sentido “metafórico” como atividade do Estado a atividade do órgão estabelecida em conformidade ao direito dentro da competência, então ele deixa de perceber que a questão sobre quando se pode imputar *juridicamente* uma atividade é uma questão exclusivamente jurídica, que por isto a atividade do órgão em conformidade ao direito é uma atividade do Estado em sentido direto e próprio.



permanece não satisfeita a obrigação jurídica do Estado que existe por conta do comportamento em contrariedade à obrigação do órgão competente, até que ela [a obrigação] venha a ser satisfeita por meio da atividade do órgão substituto (execução), é preciso diferenciar o caso – e apenas então a responsabilização do Estado se faz presente – em que através da atividade do órgão em contrariedade à obrigação pela primeira vez *surge* uma obrigação jurídica do Estado (à indenização). Que tanto o surgimento dessa obrigação do Estado quanto a constituição de uma obrigação funcional do órgão substituto precise de uma norma jurídica positiva, isto é, conforme os princípios positivos, autoevidente. E por isso também não faz a menor diferença se o órgão [que atua em] contrariedade ao dever causou o dano antijurídico por meio do exercício do império ou por meio da representação do fisco. Ele não atuava de modo algum como órgão, ele não representou o Estado nem como fisco, nem como portador do império. Também não [atuava de modo algum como órgão] caso uma proposição jurídica obrigue o Estado a indenizar o dano causado pelo pseudo-órgão. Por outro lado, com respeito às outras pessoas jurídicas também se pode pensar no órgão que causa um dano antijurídico “como tal” como representando a pessoa jurídica, caso o ordenamento jurídico – apenas em um paralelo aparente à determinação, a qual obriga o Estado à indenização – vincule de modo direto a hipótese de incidência estabelecida pelo órgão a uma consequência do ilícito contra a pessoa jurídica. Pois aqui está presente o ilícito da própria pessoa jurídica e não a obrigação por um ilícito alheio. Porém, com relação à pessoa do Estado nunca se pode aceitar um ilícito próprio, mas sim sempre apenas a responsabilização pelo órgão.

Contudo, de qualquer maneira – e isto é o decisivo, caso seja feito uso da obrigação do órgão de um órgão substitutivo pelo órgão que em contrariedade à obrigação *não* realiza a obrigação do Estado, ou caso [seja feito uso de] uma obrigação jurídica do Estado à compensação do dano causado pelo órgão, ou seja, à responsabilização do Estado – tal necessidade da prática apenas pode ser satisfeita por meio de uma proposição jurídica, a qual estatui a obrigação



necessária do órgão ou do Estado. Isso vale da mesma maneira tanto para o direito privado, quanto [para o direito] público. Se a responsabilização do Estado pelo órgão que se conduziu de forma antijurídica pode ser deduzida na esfera do direito privado a partir da mesma proposição jurídica que estatui tal responsabilização para as usuais pessoas jurídicas por seus órgãos, ou se ela estatui um ilícito *próprio* das pessoas jurídicas, isto continua sendo uma questão de interpretação. De qualquer maneira, não se deve excluir a possibilidade de argumentar a partir da pretensão do legislador de não apresentar o Estado frente aos negócios jurídicos de direito privado dos submetidos de maneira pior do que em relação às pessoas jurídicas usuais, de tal forma que frente à igualdade material da relação se pode em ambos os casos supor meramente uma diferença com respeito à construção formal.

Certamente seria o caso de considerar o seguinte. Que o Estado se submeta ao direito privado – tal como afirma a expressão geralmente aceita, conforme a qual o Estado também é sujeito de obrigações jurídicas e direitos privados –, estritamente isto não significa que as proposições jurídicas de direito privado sobre o empréstimo, o depósito, as servidões, etc., são aplicáveis ao Estado assim como [elas o são] aos sujeitos usuais. Pois as proposições jurídicas de direito privado são proposições jurídicas sobre o ilícito, i. e., elas vinculam por fim a consequência jurídica do ilícito da execução a uma determinada hipótese de incidência. Elas apenas são aplicáveis a um sujeito na medida em que a consequência jurídica do ilícito prevista por ela pode atingir um sujeito. Isso não é de forma alguma o caso com relação ao Estado. Caso o Estado seja *juridicamente* obrigado a ressarcir um empréstimo recebido, então ele não é [obrigado] a isto por causa da proposição jurídica sobre o empréstimo que [afirma que] caso alguém não pague um empréstimo recebido, ele deve ser executado por meio de um processo do credor, mas sim, pois a proposição jurídica que atribui poder e obriga o Estado à conclusão de um negócio jurídico que é um empréstimo, o qual expressa a vontade do Estado de concluir, entre outros negócios, também um negócio jurídico que é um empréstimo, de forma implícita, i. e., no conceito do



empréstimo, ao mesmo tempo o obriga ao pagamento [deste], contém sua *vontade* de ressarcir o empréstimo. Isso está presente no conceito de empréstimo. Não é a proposição jurídica de direito privado geral que obriga o Estado, mas sim a proposição jurídica que o obriga a um determinado *negócio jurídico*, a proposição jurídica que contém este negócio jurídico a partir de um *conceito jurídico* deduzido de uma proposição jurídica de direito privado. Porém, a partir do conceito de negócio jurídico como tal nunca se pode deduzir a responsabilização pelo dano antijurídico, [nunca se pode deduzir] a vontade de ressarcir os danos causados de forma antijurídica. Apenas porque até então não se tomou as medidas para esclarecer essas relações absolutamente complicadas, as quais existem entre a personalidade jurídica do Estado e o ordenamento jurídico de direito privado, apenas porque se jogou o Estado, por um conforto não permitido, na mesma panela que todas as outras pessoas jurídicas, [apenas por isto] se pode recusar a tarefa de investigar a estrutura das obrigações jurídicas privadas do Estado. Se o legislar, o qual quer uma obrigação de responsabilizar o Estado pelo ilícito de seus órgãos na esfera do direito privado, atinge seu fim quando ele deixa eles [os órgãos] serem atingidos pelas proposições jurídicas gerais de direito privado sobre as pessoas jurídicas, e [ademais] suas relações especiais com a pessoa do Estado não contam em nada, isto ainda precisa ser visto. A fim de evitar obscuridades e disputas ele [o legislar] faz bem quando estabelece a responsabilidade do Estado pelo ilícito ou pelas culpas de seus órgãos expressamente por meio de uma proposição jurídica especial.

Mas se o ordenamento jurídico deve estabelecer uma responsabilização do Estado apenas na esfera do direito privado, ou também para aquela do direito público, esta é uma questão de política legislativa.⁹⁸

⁹⁸ *Jellinek* afirma isso apenas para a esfera do direito público (Op. cit., p. 244), [e o faz] com a fundamentação correta: “Nenhuma decisão em favor da responsabilização resulta a priori a partir da natureza da coisa.” Mas também para a esfera do direito privado tal decisão não resulta a priori a partir da natureza da coisa: nem a partir da relação do órgão, nem a partir da responsabilização das pessoas jurídicas usuais por seus órgãos. Também como fisco o Estado se responsabiliza por seus órgãos apenas na medida em que o ordenamento jurídico estatui de forma expressa tal obrigação de indenização do Estado.



E por isso não existe a necessidade de qualquer confirmação especial, no sentido de uma compreensão jurídica direcionada, refinada e orientada pela ideia de uma [justiça] social, e não apenas pela justiça individual, nos inúmeros casos de uma responsabilização do Estado pelo ilícito de seus órgãos quando do exercício do império.

O escopo desses casos será determinado por meio de uma tendência dupla: por um lado assegurar o interesse do que sofreu o dano e estabelecer frente a ele o Estado como um sujeito de responsabilidade economicamente capaz, o qual oferece uma previsão certa de satisfação, enquanto a responsabilização do órgão em muitos casos permanece economicamente sem resultado [positivo]; por outro lado, também assegurar o interesse do órgão que causa o dano, o qual por conta de sua atividade especial se encontra sob o risco elevado de causar um dano, sendo por isto correto transferir a obrigação de indenizar danos ao Estado.

O problema legislativo, o qual tem de ser solucionado aqui, é um [problema] extremamente difícil. Não apenas na relação material, pois não é fácil determinar o tamanho da responsabilidade estatal tendo em conta a proteção de todos os interesses importantes, mas também na relação formal, pois uma formulação precisa do princípio da responsabilização não é de modo algum fácil. Já a questão sobre se a responsabilização do Estado pode ser apresentada como uma cláusula geral e a expressão particular de eventuais exceções, ou se ao contrário a responsabilização apenas tem de ser estatuída para os casos especiais, isto não é fácil de ser decidido a partir do ponto de vista puramente técnico-legal. No que diz respeito em especial à primeira possibilidade, cabe nesse contexto apenas indicar que se faz uso de uma fórmula teoricamente eivada de falha quando se transforma o Estado em responsabilizável por todo dano *antijurídico* que seus órgãos causam “no exercício de sua função” ou “dentro de sua esfera de atuação”. Pois “no exercício de sua função” ou “dentro de sua esfera de atuação” o órgão não pode praticar qualquer antijuridicidade. Ela [a antijuridicidade] se posiciona por conta de uma atividade antijurídica fora de sua



função ou competência. A fim de diferenciar aqueles delitos, os quais o órgão pratica no contexto de sua atividade funcional e a respeito dos quais se demandará uma responsabilidade do Estado, de todos os outros delitos que o órgão estatal, assim como qualquer pessoa, pode praticar, é preciso fazer uso de outra fórmula. O Estado se responsabiliza por aqueles danos que um órgão causa, na medida em que ele se manifesta desta forma ou poderia ou precisaria ser visto desta forma por um terceiro. Ou de maneira semelhante. Cada uma dessas formulações é essencialmente maior ou menor do que a fórmula usual: “no exercício de sua função” ou “dentro de sua competência”. Uma vez que essa [fórmula], considerando de forma estrita, é impraticável – conforme ela o Estado não poderia em nenhum caso se responsabilizar, pois o órgão que causa dano de forma antijurídica atua fora de sua competência e não no exercício de sua função –, caso se deva tornar válida a responsabilização do Estado, [então] ela não pode atribuir por meio da interpretação qualquer significado, a não ser que o Estado se responsabilize pelos danos que seus órgãos praticaram *em algum contexto vinculado com sua posição como órgão*. O ponto é precisamente sobre qual é esse contexto, qual é o alcance da responsabilização do Estado no caso concreto, esta questão o legislador deixa sem resposta na medida em que ele se utiliza da formulação acima indicada como eivada de falha. Dessa forma ele de fato incumbe o juiz de determinar, conforme sua discricionariedade, quando essa relação entre a função do órgão e o dano antijurídico é forte o suficiente a fim de justificar uma responsabilidade do Estado, e quando uma responsabilidade do Estado não mais se justifica materialmente; [o legislador de fato incumbe o juiz de determinar] qual decisão então se manifesta na formulação lógico-jurídica incorreta, que o órgão uma vez atuou “no exercício de sua função”, por outro lado, outra vez, “fora da sua esfera de atuação”.

Porém, na medida em que a prática do legislar não leva em consideração os pontos de vista acima desenvolvidos e o ordenamento jurídico não exhibe nenhuma proposição jurídica que exprime a vontade, assim como a obrigação do Estado de ressarcir todos ou determinados danos causados por seus órgãos,



[nesta medida] a teoria que quer preservar seu caráter positivo não pode construir qualquer responsabilidade do Estado. Trata-se de direito natural notório, caso – tal como ocorreu recentemente – a responsabilidade desejada do Estado seja interpretada de forma forçada [por meio do] inserir [esta responsabilidade] dentro de um ordenamento jurídico, o qual não estatui tal responsabilidade jurídica do Estado, pois ele é oriundo de um tempo no qual o postulado em questão da justiça social ou ainda não era de forma alguma reconhecido, ou de qualquer maneira ainda não era respeitado pela classe dominante, em cujas mãos se encontrava a criação do direito. Tal interpretação não oferece nenhuma outra possibilidade, a não ser deduzir a responsabilidade do Estado pelo ilícito de seus órgãos a partir da natureza da relação do órgão. Simplesmente se identifica a pessoa do Estado e o órgão também nos casos de ilícito, imputam-se à pessoa do Estado os danos antijurídicos e apenas se precisa incluir a proposição jurídica que vincula um dano à obrigação de seu ressarcimento, a fim de conjurar a desejada responsabilidade do Estado a partir do nada. Que em tal truque esteja situado um abuso grave da teoria jurídica, isto se manifesta de forma clara o suficiente a partir do que até então foi apresentado. O postulado autoevidente para a doutrina, conforme o qual apenas se pode aceitar uma responsabilidade do Estado pelo ilícito de seus órgãos tendo por base uma determinação jurídico-positiva, encontra sua confirmação precisamente por parte da teoria e prática austríacas.⁹⁹

⁹⁹ Se a obrigação jurídica do Estado de se responsabilizar pelos danos oriundos do comportamento antijurídico de seus órgãos será reconduzida a uma norma do ordenamento jurídico escrito ou do direito consuetudinário, isto é naturalmente irrelevante. Isso depende caso se recorra a uma proposição jurídica, e não à natureza da relação do órgão. Por isso Ružička (*Die Entschädigungsklage wegen übler obrigkeitlicher Verwaltung*, Wien, 1913) entra em contradição consigo mesmo quando ele, a fim de demonstrar a responsabilidade do Estado pelo direito austríaco, por um lado afirma “um direito consuetudinário com um século de idade” (p. 49) e um “uso judicial com um século de idade” (p. 16), e por outro lado tenta novamente deduzir a responsabilidade do Estado por certos danos causados por seus órgãos, [por terem estes atuado] em contrariedade ao dever, a partir da natureza da coisa. Em que medida a evidência do direito consuetudinário serviu para ele, isto permanece por ser visto. Sua construção jurídica das relações dos órgãos é de qualquer maneira insustentável. “Entre a obrigação (R. [Ružička] claramente quer dizer o Estado) e o funcionário impera uma relação jurídica análoga ao mandato. A *procuração geral* do órgão consiste *externamente* no *poder funcional* a ele transferido, ela é efetiva contra qualquer um e reconhecível em seus sinais externos (uniforme etc.) A *procuração interna*, a *obrigação funcional* à qual o órgão está vinculado nos casos particulares da atividade funcional,



consiste na observância de todas as leis e tarefas especiais sob cuja proteção a parte se encontra” (p. 32). Uma vez que a procuração externa do poder funcional vai além do que [ocorre com] a [procuração] interna da obrigação funcional, também poderiam existir atuações *funcionais* contrárias à *obrigação funcional*. *R.* claramente quer dizer que enquanto o órgão se mantém dentro de sua procuração externa (o poder funcional) ele representa o Estado, também quando ele neste contexto ultrapassa sua procuração interna, a obrigação funcional, tal como o procurador, na relação externa, também vincula a firma juridicamente, caso ele ultrapasse sua procuração contratualmente válida internamente, caso ele se mantenha dentro dos limites do poder de procurador legal, o qual apenas é autoritativo exteriormente. Todo ilícito que o órgão pratica sem ultrapassar sua procuração externa – o poder funcional – é ilícito do Estado e o Estado tem de arcar com os danos que emergem deste ilícito. Naturalmente esse “ilícito” nunca pode consistir na violação da procuração interna ou da obrigação funcional do órgão. Onde se encontra o limite entre a “posse do poder externo” e a “obrigação funcional”? Quais normas estatuem apenas uma obrigação funcional interna e quais estabelecem os limites da competência externa? Prescrições sobre a competência, p. ex., estatuem apenas obrigações funcionais internas, de tal forma que a atuação de um órgão incompetente, p. ex., a prisão realizada por um funcionário dos correios, de fato ocorre dentro de seu poder funcional ou competência externa, mas em violação de sua obrigação funcional? A esse respeito *R.* não oferece qualquer resposta, ainda que a solução do problema estivesse presente, tal como ele a indicou.

A falha de *R.* consiste no fato de que a analogia por ele tentada, entre a relação dupla de direito privado, para fora e para dentro (p. ex., com relação ao procurador), e uma procuração externa e interna do órgão estatal, é [uma analogia] irrealizável. Pois uma diferenciação entre a procuração externa e interna (p. ex., com relação ao procurador) apenas é possível na medida em que ela diga respeito à oposição do ordenamento jurídico (lei e direito consuetudinário) com [respeito ao] contrato. A procuração externa do procurador, a qual vale em relação ao terceiro, está determinada através do Código Empresarial, através do ordenamento jurídico estatal; a procuração interna [está determinada] através do contrato do sindicato dos procuradores com o representado e apenas vale entre ambos os contraentes. Uma diferença entre a relação externa e a relação interna, de tal modo que a procuração legal externa seja mais ampla do que a [procuração] contratual interna, apenas é possível, e nesta medida uma diferenciação entre ambas as relações apenas é executável, na medida em que dois fatores distintos se encontrem frente um ao outro quando do estatuir de ambas as relações [da seguinte forma]: o Estado no ordenamento jurídico, o qual estabelece a procuração legal externa, e as partes, as quais determinam a procuração interna. Por si só na relação entre Estado e órgão quase que por completo falta essa diferenciação. Pois a competência do órgão, e de fato tanto a por *R.* denominada procuração externa ou competência, como também a “procuração interna ou obrigação funcional”, será quase exclusivamente estatuída através do ordenamento jurídico (lei e decreto). O que eventualmente pode ser determinado através da instrução funcional individual ou do contrato no caso particular quase nunca é levado em consideração. Caso se quisesse diferenciar com respeito ao órgão estatal, assim como ocorre com relação ao procurador, uma relação externa e uma interna, então seria preciso declarar uma parte das normas que determinam a posição e o comportamento do órgão estatal como [tratando] da competência externa, e outra parte como importante apenas para a obrigação funcional interna. Mas qual é o critério, eis que normalmente a observação de todas as normas pertinentes está estabelecida na obrigação funcional do órgão? A fim de utilizar um exemplo de *R.* sobre o ultrapassar da competência externa [pode-se indagar] se o policial que extorque dinheiro por meio da ameaça de prisão não viola *também* sua obrigação funcional, uma vez que ele também pode ser punido (p. ex., ser demitido) em razão deste ato? E o policial que arbitrariamente não prende [alguém] ([este é] um exemplo, o qual *R.* apresenta para a mera violação da obrigação funcional por meio da observância da procuração externa) também não ultrapassa seu “poder funcional externo”, uma vez que o ordenamento não atribui a ele apenas a autoridade de prender, mas também transfere a ele a obrigação jurídica de prender *sob determinadas circunstâncias*?



Aqui a doutrina dominante sempre rejeitou tal responsabilidade do Estado com relação a seus órgãos administrativos, e apenas a aceitou para os órgãos judiciais, pois precisamente apenas nesta esfera a atividade estatal estatuiu expressamente, através da lei dos sindicatos, uma responsabilidade do Estado. Caso se esteja atualmente inclinado a abandonar esse ponto de vista, então a disposição que conduz a tal aspiração é como um todo digna de louvor; por si só o método dessa doutrina do sentimento se apoia em pernas logicamente fracas. Sua falha consiste em uma peça lateral daquilo que caracterizei anteriormente e que consiste no fato de que se orienta o evitar o ilícito estatal como uma exigência à prática do legislar, enquanto se trata de um postulado, o qual apenas a teoria jurídica pode satisfazer. Na realidade, com relação à responsabilidade do Estado se exigiu da teoria o contrário, aquilo que apenas a prática do legislar está em condições de fazer. Essa tendência é observável em todos os tempos, mas recentemente novamente em conexão com o denominado movimento do direito livre, o qual pretende deslocar a teoria do direito de sua atividade de compreender e sistematizar juridicamente o direito em sua esfera puramente formal, e por isto [de satisfazer] uma necessidade mais do que teórico-formal, em uma esfera do trabalho de criação do direito material. E nessa tendência se manifesta por fim o curioso e misterioso instinto do espírito humano de ultrapassar aquela profunda fenda lógica entre forma e conteúdo, de obter da mera forma um determinado conteúdo, e desta forma avançar além da divisão eterna do dualismo lógico em direção à unidade harmônica de um ideal

Em síntese, a argumentação de R. afirma que o Estado apenas não deveria se tornar responsável por uma indenização em relação aos atos estatais *nulos*. Naturalmente essa é uma solução bem arbitrária e, aparentemente, de lege ferenda, não razoável, pois existem certos casos nos quais de forma apropriada o Estado também deve se responsabilizar por um dano, o qual resultou de um ato estatal *nulo*. De qualquer maneira, a nulidade de um ato estatal é tão pouco um fundamento *contra* uma responsabilidade do Estado pelos danos que daí decorreram, quanto algo como a “mera” anulabilidade de um ato estatal permite uma inferência da responsabilidade em questão. Pois caso a deficiência tornada vigente por meio da anulação seja estabelecida, então a eliminação do ato é inevitável.

Dessa forma é representável a imputação do ato ao Estado, e também a adoção de um ilícito próprio e da obrigação de indenizar do Estado daí deduzida, e também neste caso apenas uma responsabilidade do Estado por um ilícito de outro ([o] ilícito do órgão), a qual, naturalmente, não pode ser deduzida da natureza da relação do órgão, mas sim apenas de uma proposição jurídica concreta.



monístico. Que tal necessidade – a qual fundamentalmente possui natureza metafísica – apenas pode experimentar uma aparência de satisfação às custas da lógica, isto o mostra a teoria jurídica quando ela ultrapassa sua competência e se posiciona no lugar do legislador. Pois dessa maneira ela precisa se apoiar em seu método específico, a fim de fingir deduzir resultados materiais concretos a partir de princípios formais puros e desta forma se conduzir a contradições internas, tais como, p. ex., o monstro lógico de um ilícito estatal.



Palavra de encerramento: Lícito do Estado e ilícito do Estado

A partir da perspectiva aqui desenvolvida, *juridicamente* o Estado apenas pode ser compreendido como ordenamento jurídico ou realização do ordenamento jurídico. Especialmente o Estado que atua – aquilo que se denomina decisões judiciais e administração – não pode ser juridicamente construído de outro modo, a não ser como realização de proposições jurídicas, pois o critério jurídico para uma imputação ao Estado, i. e., um ato estatal apenas está presente na medida em que uma proposição jurídica oferece um operador para tal. Construir juridicamente não significa nada senão estabelecer uma relação com o ordenamento jurídico, construir juridicamente as decisões judiciais e a administração: as relações dadas nas decisões judiciais e na administração se originam do ordenamento jurídico. Isso é a ideia ancestral do Estado de direito, [a ideia de] que as decisões judiciais e a administração são o executivo – a saber o executivo [executor] do ordenamento jurídico. Porém, a ideia do Estado de direito não é apenas um postulado político especial, mas sim, ao mesmo tempo, o pressuposto lógico do Estado de direito. Um direito do Estado apenas é pensável para um Estado do direito; fundamentalmente isto é uma tautologia. Pois o princípio do Estado de direito, compreender o Estado como manifestação do direito, compreender [o Estado] juridicamente ou construí-lo juridicamente, não significa nada senão deduzir suas relações com o ordenamento jurídico, compreendê-lo como função do direito. Para esse Estado jurídico, o qual apenas existe no direito e através do direito, trata-se de uma consequência não somente da lógica linguística, [aquela consequência conforme a qual] lícito do Estado e ilícito do Estado se excluem mutuamente.

Minha construção despiu o Estado, o qual na teoria do direito atual ainda será visto como pessoa dotada de poder e soberania, de todo elemento de poder e soberania, e deixou-o fundamentalmente como aquilo que ele pode ser para o conhecimento *jurídico* como pessoa. O que ele desta forma perdeu em autoridade



material – e o perdeu corretamente, pois a construção jurídica não pode atribuir ou manter tal qualidade – isto, tal como creio, ele ganhou desta forma puramente em autoridade formal, caso a construção conduza à consequência de coroar o Estado com a infalibilidade jurídica, e desta maneira em verdade torná-lo aquilo que todo teórico de direito do Estado se esforça conhecer: a personificação do direito.