

6º ponto: ESTADO E DIREITO. O PROBLEMA DA PERSONALIDADE DO ESTADO.

CONCEITO: O Estado é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. E o Direito é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar.

Para o estudo do fenômeno estatal, tanto quanto para a iniciação na ciência jurídica, o primeiro problema a ser enfrentado é o das relações entre Estado e Direito. Representam ambos uma realidade única? São duas realidades distintas e independentes?

No programa da Ciência do Estado, este problema não pode passar sem um esclarecimento preliminar. E sendo tão importante quanto complexo, daremos aqui pelo menos um resumo das correntes que disputam entre si a primazia no campo doutrinário.

Dividem-se as opiniões em três grupos doutrinários, que são os seguintes:

TEORIA MONÍSTICA

Também chamada do **estatismo jurídico**, segundo a qual o Estado e o Direito confundem-se em uma só realidade.

Para os monistas só existe o direito estatal, pois não admitem eles a ideia de qualquer regra jurídica fora do estado. O Estado é a fonte única do direito, porque quem dá vida ao Direito é o Estado através da “força coativa” de que só ele dispõe. Logo, como só existe o Direito emanado do Estado, ambos se confundem em uma só realidade.

Foram precursores do monismo jurídico: Hegel, Thomas Hobbes e Jean Bodin. Desenvolvida por Rudolf von Ihering e John Austin, alcançou esta teoria a sua máxima expressão com a escola técnico-jurídica liderada por Jellinek e com a escola vienense de Hans Kelsen.

TEORIA DUALÍSTICA

Também chamada **pluralística**, que sustenta serem o Estado e o Direito duas realidades distintas, independentes e inconfundíveis.

Para os dualistas o Estado não é a fonte única do Direito nem com este se confunde. O que provém do Estado é apenas uma categoria especial do Direito: o **Direito Positivo**. Mas existem também os princípios de Direito Natural, as normas de Direito Costumeiro e as regras que se firmam na consciência coletiva, que tendem a adquirir positividade e que, nos casos omissos, o Estado deve acolher para lhes dar jurisdição.

Afirma esta corrente que o Direito é criação social, não estatal. O Direito, assim, é um fato social em contínua transformação. A função do Estado é positivar o Direito, isto é, traduzir em normas escritas os princípios que se firmam na consciência social.

O dualismo (ou pluralismo), partindo de Gierke e Gurvitch, ganhou terreno com a doutrina de Léon Duguit o qual condenou formalmente a concepção monista, admitiu a pluralidade das fontes do Direito Positivo e demonstrou que as normas jurídicas têm sua origem no corpo social.

Desdobrou-se o pluralismo nas correntes sindicalista e corporativistas, e, principalmente, no institucionalismo de Hauriou e Rennard, culminando, afinal, com a preponderante e vigorosa doutrina de Santi Romano, que lhe deu um alto teor de precisão científica.

TEORIA DO PARALELISMO

Segundo a qual o Estado e o Direito são realidades distintas, porém necessariamente interdependentes.

Esta terceira corrente, procurando solucionar a antítese monismo-pluralismo, adotou a concepção racional da graduação da positividade jurídica, defendida com raro brilhantismo pelo eminente mestre de Filosofia do Direito na Itália, Giorgio Del Vecchio.

Reconhece na teoria do pluralismo a existência do direito não-estatal, sustentando que vários centros de determinação jurídica surgem e se desenvolvem fora do Estado, obedecendo a uma graduação de positividade. Sobre todos estes centros particulares do ordenamento jurídico, prepondera o Estado como *centro de irradiação da positividade*.

A teoria do paralelismo completa a teoria pluralista, e ambas se contrapõem com vantagem à teoria monista. Efetivamente, Estado e Direito são duas realidades distintas que se completam na interdependência. Como demonstra o Prof. Miguel Reale, a teoria do sábio mestre da Universidade de Roma coloca em termos racionais e objetivos o problema das relações entre o Estado e o Direito, que se apresenta como um dos pontos de partida para o desenvolvimento atual do Culturalismo.

RELAÇÕES ENTRE O ESTADO E O DIREITO:

Teoria monista (do estatismo jurídico)

Teoria dualista (ou pluralística)

Teoria do paralelismo

Na equação dos termos Estado-Direito é necessário ter sempre em vista esses três troncos doutrinários, dos quais emana toda a ramificação de teorias justificativas do Estado e do Direito.

O Problema da Personalidade do Estado

A questão teve origem com os contratualistas, pois necessitavam do Estado como Pessoa Jurídica para figurar no “Contrato Social”.

No Século XIX, os publicistas alemães passaram a estudar esse problema que de essencialmente político passou a ser objeto da dogmática jurídica.

As teorias sobre o terna se dividem em:

1) Ficcionalistas: conceituam o Estado como fruto de uma ficção ou artifício. SAVIGNY: Pessoa Jurídica, sendo o Estado um sujeito artificial.

HANS Kelsen, já no século XX, também conceituou o Estado como sujeito artificial como a personalização da ordem jurídica.

2) Realistas: Estado um organismo biológico (corpo, tigre, leão, dragão, Leviatã)
ALBECHT: asseverava em 1837: “Ainda nos veremos obrigados a representar o Estado como uma pessoa jurídica”.

GERBEN: organicismo ético (moral); não- palpável.

GIERKE: o Estado atua através das pessoas físicas dos órgãos estatais.

LABAND: a capacidade do Estado é manifestada pela vontade do governante.

JELLINEK: a unidade coletiva, consistente na associação não é ficção, mas a forma necessária de síntese de nossa consciência forma a base das instituições e estas tais unidades jurídicas não são menos capazes de adquirir subjetividade jurídica que os indivíduos humanos.

ALEXANDRE GROPPALI: analisando estas teorias chamou de “abstração” o processo pelo qual se afirma o Estado como pessoa jurídica explicando que a vontade não tem vida física.

OS OPOSITORES A ESSAS TEORIAS SÃO OS NEGATIVISTAS:

MAX SEYDEL: nega a unidade e o organismo estatal. Não existe vontade do Estado, mas sobre o Estado.

DONATI: o que é a vontade do governante que é o portador da soberania e subjetividade estatal.

LÉON DUGUIT: relação de subordinação entre os que mandam e os que são mandados.

DALMO DALLARI: a pessoa física quando age como órgão do Estado, não se confunde com a pessoa natural, só a pessoa tem direitos e obrigações e o Estado para ter direitos e obrigações tem de ser reconhecido como pessoa. Também para o limite jurídico no relacionamento do Estado com o cidadão.